Curs universitar

Cristian Gheorghe

Drept comercial român

III 152.723
BCU IASI

Editura C.H. Beck

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

III 152.723
BCU IASI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

CURS UNIVERSITAR

Drept comercial român

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

GHEORGHE, CRISTIAN

Studii: Facultatea de Drept, Universitatea din Bucureşti (1990-1994); Programul de studii aprofundate, master, Dreptul afacerilor, Universitatea din Bucureşti (1994-1995); Studii doctorale în cadrul Facultăţii de Drept, Universitatea din Bucureşti, doctor în drept, specializarea Drept comercial (1995-2002); Departamentul pentru pregătirea personalului didactic, Universitatea din Bucureşti (2009); Facultatea de Electronică şi Telecomunicaţii, Institutul Politehnic Bucureşti (1986-1991).

Activitate: cadru didactic asociat, Academia de Studii Economice Bucureşti, Programul de master DAFI – pieţe de capital (2001-2005); lector univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu" (2008-2012); conferenţiar univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu", Facultatea de Ştiinţe Economice (2012-prezent); avocat, Baroul Bucureşti.

Publicaţii: 8 lucrări, monografii, cursuri şi suporturi de curs, în calitate de unic autor, între care: Societăţile comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2003; Drept comercial comunitar, Instituţii de drept comunitar din perspectiva dreptului român, Ed. Logisticon, Bucureşti, 2005; Dreptul pieţei de capital, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009; Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009; Nulităţi de drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010; Drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010; cca 40 de studii în calitate de autor unic în diverse reviste juridice de largă recunoaştere naţională.

Premii şi distincţii: „Diploma de onoare" decernată de Uniunea Juriştilor din Romania, Societatea Academică „Titu Maiorescu", revistele Dreptul şi Palatul de Justiţie, pentru lucrarea Drept comercial european (2009).

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Cristian Gheorghe

671188

Drept comercial român

ALE

0 000010 48138 BCU IASI

Editura C.H. Beck
Bucureşti 2013

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

AVERTISMENT!

Având în vedere amploarea luată de fenomenul fotocopierii lucrărilor de specialitate, mai ales în domeniul Dreptului, atragem atenția că, potrivit art. 14 și 140 din Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, reproducerea operelor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe, dacă respectiva reproducere a fost efectuată fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de legea menționată, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare sau cu amendă. Prin *reproducere*, conform legii, se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloace și sub orice formă.

Nu vă faceți părtași la distrugerea cărții!

Editura C.H. Beck este acreditată CNATDCU și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Drept comercial român
Cristian Gheorghe

Copyright © 2013 – Editura C.H. Beck

Toate drepturile rezervate Editurii C.H. Beck.
Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al Editurii C.H. Beck.
Drepturile de distribuție în străinătate aparțin în exclusivitate editurii.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
GHEORGHE, CRISTIAN
Drept comercial român / Cristian Gheorghe. –
București : Editura C.H. Beck, 2013
Bibliogr.
ISBN 978-606-18-0262-3

347.7(498)

Editura C.H. Beck

Str. Serg. Nuțu Ion nr. 2, sector 5, București
Tel.: 021.410.08.47; 021.410.08.09;
021.410.08.73; 021.410.08.46
Fax: 021.410.08.48
E-mail: comenzi@beck.ro

Redactor: Laura Marinescu
Tehnoredactor: Elena Zorzoliu

BCU IAȘI CENTRUL UNIVERSITAR LIBRARY

ALE

06 NOV. 2015

Tatălui meu

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Cuprins

Cuvânt-înainte XV
Abrevieri XVII

TITLUL I. Introducere în dreptul comercial 1
Capitolul I. Noțiuni introductive privind dreptul comercial 2
Capitolul II. Sisteme normative de drept comercial 4
Capitolul III. Evoluția dreptului comercial din România 13
Capitolul IV. Izvoarele dreptului comercial 15
Capitolul V. Știința dreptului comercial român 21
Teme de dezbatere și teste 28
Bibliografie specifică 30

TITLUL II. Profesionistul și întreprinderea în dreptul comercial 31
Capitolul I. Noțiunile noului drept comercial 32
Capitolul II. Profesionistul 36
Capitolul III. Întreprinderea 41
Capitolul IV. Întreprinderi economice individuale și colective 47
Secțiunea 1. Întreprinderi individuale 47
Secțiunea a 2-a. Întreprinderile colective 50
Capitolul V. Dobândirea calității de profesionist 58
Capitolul VI. Condițiile de exercitare a activității economice (comerciale) 63
Capitolul VII. Obligațiile profesioniștilor-comercianți 70
Secțiunea 1. Publicitate și raportare 70
Secțiunea a 2-a. Caracterul licit al activității economice 74
Teme de dezbatere și teste 80
Bibliografie specifică 82

TITLUL III. Obligațiile născute în legătură cu exploatarea unei întreprinderi 83
Capitolul I. Obligații civile. Principii generale în sarcina profesioniștilor 84
Capitolul II. Noțiunea de patrimoniu 88
Secțiunea 1. Abordări teoretice 88
Secțiunea a 2-a. Diviziuni patrimoniale 90
Capitolul III. Diviziuni și afectațiune de mase patrimoniale 93
Capitolul IV. Fondul de comerț 96
Capitolul V. Regulile speciale privind executarea obligațiilor profesioniștilor 102
Capitolul VI. Probațiunea obligațiilor profesioniștilor 109
Teme de dezbatere și teste 113
Bibliografie specifică 114

TITLUL IV. Instituții de drept comercial 115
Capitolul I. Contractul de societate 116
Secțiunea 1. Societatea simplă 119

Secțiunea a 2-a. Funcționarea societății simple 123
Secțiunea a 3-a. Încetarea societății simple 130
Capitolul II. Contractul de fiducie 136
Secțiunea 1. Noțiune 136
Secțiunea a 2-a. Efectele contractului de fiducie 140
Secțiunea a 3-a. Încetarea contractului de fiducie 147
Capitolul III. Administrarea bunurilor altuia 148
Secțiunea 1. Noțiune 148
Secțiunea a 2-a. Efectele administrării 151
Secțiunea a 3-a. Încetarea administrării 158
Capitolul IV. Sistemul sancționator de drept privat 160
Secțiunea 1. Introducere 160
Secțiunea a 2-a. Caracteristicile sancțiunii civile 163
Secțiunea a 3-a. Tipuri de sancțiuni civile 167
Subsecțiunea 1. Specii de sancțiuni. Abuzul de drept, ineficacitatea și inexistența actului juridic 167
Subsecțiunea a 2-a. Specii de sancțiuni. Răspunderea juridică, penalitățile pentru neexecutare, prescripția și decăderea 171
Subsecțiunea a 3-a. Specii de sancțiuni. Nulitatea 179
Secțiunea a 4-a. Nulitatea în domeniul comercial 195
Subsecțiunea 1. Introducere 195
Subsecțiunea a 2-a. Abordarea holistă 197
Subsecțiunea a 3-a. Conturul unei nulități speciale 199
Subsecțiunea a 4-a. Principii 201
Subsecțiunea a 5-a. Efecte juridice speciale 203
Secțiunea a 5-a. Nulități de drept societar. Nulitatea societății cu personalitate juridică 206
Subsecțiunea 1. Nulitățile *sui generis* 206
Subsecțiunea a 2-a. Problematica nulității societății cu personalitate juridică 209
Subsecțiunea a 3-a. Nulitatea societății și nulitatea actului constitutiv 212
Subsecțiunea a 4-a. Caracteristici și procedură 218
Subsecțiunea a 5-a. Remedierea și nulitatea societății cu personalitate juridică 221
Subsecțiunea a 6-a. Limitele instituției nulității societății 223
Teme de dezbatere și teste 227
Bibliografie specifică 229

TITLUL V. Societatea cu personalitate juridică. Reguli generale. Constituire 231
Capitolul I. Introducere 232
Secțiunea 1. Reglementare 234
Secțiunea a 2-a. Voința socială și voința asociaților 235
Capitolul II. Voința asociaților, punctul de plecare în constituirea societăților 237
Secțiunea 1. Voința juridică a asociaților; principii, limite 237
Secțiunea a 2-a. Natura juridică a societății cu personalitate juridică 243
Capitolul III. Reguli comune aplicabile societăților cu personalitate juridică 252
Secțiunea 1. Caracterele societății cu personalitate juridică 252

Secțiunea a 2-a. Actul constitutiv, tărâmul principal de exprimare a voințelor asociaților 262
Secțiunea a 3-a. Constituirea societății cu personalitate juridică 272
Secțiunea a 4-a. Sancțiunile nerespectării regimului legal al constituirii societății cu personalitate juridică 281
Capitolul IV. Societatea – persoană juridică 284
Secțiunea 1. Societatea cu personalitate juridică. Atribute de identificare 284
Secțiunea a 2-a. Capacitatea și voința juridică 288
Teme de dezbatere și teste 296
Bibliografie specifică 298

TITLUL VI. Societatea cu personalitate juridică. Funcționare. Reguli speciale 299
Capitolul I. Generalități despre funcționarea societăților 300
Secțiunea 1. Funcția deliberativă 301
Secțiunea a 2-a. Funcția de administrare 303
Secțiunea a 3-a. Funcția de supraveghere a gestiunii 308
Capitolul II. Societatea în nume colectiv 310
Capitolul III. Societatea în comandită simplă 315
Capitolul IV. Societatea cu răspundere limitată 317
Secțiunea 1. Introducere 317
Secțiunea a 2-a. Adunarea generală 319
Secțiunea a 3-a. Administrația 323
Secțiunea a 4-a. Cenzorii 324
Secțiunea a 5-a. Părțile sociale 324
Subsecțiunea 1. Caracteristici și transmisibilitate 324
Subsecțiunea a 2-a. Garanțiile reale purtând asupra părților sociale 326
Secțiunea a 6-a. Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic 333
Capitolul V. Societatea pe acțiuni 336
Secțiunea 1. Acțiunile 337
Subsecțiunea 1. Tipuri de acțiuni 342
Subsecțiunea a 2-a. Transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor și constituirea ipotecilor mobiliare 345
Subsecțiunea a 3-a. Dobândirea de către societate a propriilor acțiuni 350
Secțiunea a 2-a. Adunările generale 353
Subsecțiunea 1. Constituirea și desfășurarea adunării generale 361
Subsecțiunea a 2-a. Adunările generale ordinare 365
Subsecțiunea a 3-a. Adunarea generală extraordinară 367
Subsecțiunea a 4-a. Anularea hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor 369
Secțiunea a 3-a. Administrarea societăților pe acțiuni 384
Subsecțiunea 1. Sistemul de administrare unitar 385
Subsecțiunea a 2-a. Sistemul dualist 395
Subsecțiunea a 3-a. Reglementări speciale privind administrarea în general 399
Secțiunea a 4-a. Cenzorii și auditorii societății 403
Secțiunea a 5-a. Limitele arbitrajului în privința organelor instituționale societare 406
Secțiunea a 6-a. Protecția și drepturile acționarilor în societățile pe acțiuni 413

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

Subsecțiunea 1. Drepturi patrimoniale 414
Subsecțiunea a 2-a. Drepturile nepatrimoniale 416
Subsecțiunea a 3-a. Drepturi legale instituite pentru protecția acționarilor. Minoritatea de acționari 418
Secțiunea a 7-a. Societățile tranzacționate pe o piață reglementată 427
Subsecțiunea 1. Emitenții și admiterea la tranzacționare 427
Subsecțiunea a 2-a. Reguli speciale aplicabile societăților cotate 432
Subsecțiunea a 3-a. Guvernanța corporativă 444
Capitolul VI. Societatea în comandită pe acțiuni 451
Teme de dezbatere și teste 452
Bibliografie specifică 454

TITLUL VII. Societatea cu personalitate juridică. Modificarea și încetarea 455
Capitolul I. Modificarea și transformarea societăților cu personalitate juridică 456
Secțiunea 1. Modificarea societăților cu personalitate juridică 456
Secțiunea a 2-a. Condiții speciale impuse după tipurile de societăți 459
Subsecțiunea 1. Societățile de capitaluri 460
Subsecțiunea a 2-a. Societățile de persoane 463
Secțiunea a 3-a. Modificări uzuale ale actului constitutiv 464
Subsecțiunea 1. Majorarea de capital social 465
Subsecțiunea a 2-a. Reducerea capitalului social 476
Subsecțiunea a 3-a. Modificări în persoana asociaților 480
Subsecțiunea a 4-a. Alte modificări statutare 487
Secțiunea a 4-a. Transformarea societății 492
Capitolul II. Fuziunea și divizarea societăților cu personalitate juridică 494
Secțiunea 1. Descrierea și specificul operațiunilor de fuziune și divizare 494
Secțiunea a 2-a. Procedura 503
Subsecțiunea 1. Proiectul de fuziune sau divizare 503
Subsecțiunea a 2-a. Drepturi și garanții ale persoanelor interesate în procedură 505
Subsecțiunea a 3-a. Aprobarea adunărilor generale 511
Secțiunea a 3-a. Proceduri speciale 512
Secțiunea a 4-a. Efecte juridice 514
Secțiunea a 5-a. Nulitatea operațiunii de fuziune și divizare. 518
Subsecțiunea 1. Procedura și limitările 520
Subsecțiunea a 2-a. Efectele nulității fuziunii și divizării 523
Secțiunea a 6-a. Fuziunea transfrontalieră 526
Capitolul III. Dizolvarea și lichidarea societății 532
Secțiunea 1. Dizolvarea 532
Subsecțiunea 1. Modalități de realizare 533
Subsecțiunea a 2-a. Motive speciale de dizolvare 540
Subsecțiunea a 3-a. Procedura dizolvării 542
Subsecțiunea a 4-a. Efecte juridice 544
Secțiunea a 2-a. Lichidarea 545
Subsecțiunea 1. Procedura generală 545
Subsecțiunea a 2-a. Dispoziții speciale 555
Subsecțiunea a 3-a. Efecte juridice 558

Teme de dezbatere şi teste 562
Bibliografie specifică 564

TITLUL VIII. Alte persoane juridice de drept privat 565
Capitolul I. Grupul de interes economic (GIE) 566
Secţiunea 1. Introducere 566
Secţiunea a 2-a. Reglementarea română a grupurilor de interes economic 571
Secţiunea a 3-a. Grupurile europene de interes economic 578
Capitolul II. Societatea europeană (Societas Europaea) 580
Secţiunea 1. Constituirea SE 582
Subsecţiunea 1. Constituirea prin fuziune 582
Subsecţiunea a 2-a. Constituirea unui holding SE 586
Subsecţiunea a 3-a. Constituirea prin formarea unei filiale SE 589
Subsecţiunea a 4-a. Transformarea unei societăţi pe acţiuni preexistentă într-o SE 589
Secţiunea a 2-a. Actul constitutiv 590
Secţiunea a 3-a. Funcţionarea SE 592
Subsecţiunea 1. Organele de administrare 593
Subsecţiunea a 2-a. Adunările generale 596
Secţiunea a 4-a. Modificarea actului constitutiv 597
Secţiunea a 5-a. Încetarea societăţii europene. Dizolvare, lichidare, insolvenţă şi încetare de plăţi 599
Secţiunea a 6-a. Societas Europaea de origine română 600
Secţiunea a 7-a. Participarea salariaţilor 601
Secţiunea a 8-a. Locul SE în materia societară 604
Capitolul III. Societatea cooperativă 606
Secţiunea 1. Izvoarele cooperaţiei 606
Secţiunea a 2-a. Societatea cooperativă 608
Subsecţiunea 1. Constituirea societăţilor cooperative 611
Subsecţiunea a 2-a. Calitatea de membru 612
Subsecţiunea a 3-a. Funcţionarea societăţii cooperativă. Organele societăţii 614
Subsecţiunea a 4-a. Modificarea actelor constitutive 616
Subsecţiunea a 5-a. Încetarea societăţii cooperativă 618
Subsecţiunea a 6-a. Forme speciale de organizare a cooperaţiei 619
Secţiunea a 3-a. Societatea cooperativă europeană (SCE) 621
Subsecţiunea 1. Caracteristicile SCE 622
Subsecţiunea a 2-a. Reguli generale ale SCE 623
Subsecţiunea a 3-a. Constituirea SCE 625
Subsecţiunea a 4-a. Structura şi funcţionarea SCE 627
Subsecţiunea a 5-a. Modificarea actelor constitutive 629
Subsecţiunea a 6-a. Încetarea SCE 630
Capitolul IV. Grupurile de societăţi 631
Secţiunea 1. Introducere 631
Secţiunea a 2-a. Constituirea grupurilor de societăţi 636
Secţiunea a 3-a. Funcţionarea grupului de societăţi 638
Secţiunea a 4-a. Grupul de societăţi în legislaţia societară 642

BCU CLUJ UNIVERSITY LIBRARY

Secțiunea a 5-a. Societăți tranzacționate pe o piață reglementată 644
Teme de dezbatere și teste 647
Bibliografie specifică 649

TITLUL IX. Titlurile de credit 651
Capitolul I. Titlurile de credit. Noțiuni generale 652
Capitolul II. Cambia 657
Secțiunea 1. Condițiile legale pentru valabilitatea cambiei 661
Secțiunea a 2-a. Girul 664
Secțiunea a 3-a. Garanțiile de plată ale cambiei 667
Secțiunea a 4-a. Scadența cambiei. Plata și refuzul plății 670
Capitolul III. Biletul la ordin 673
Capitolul IV. Cecul 676
Teme de dezbatere și teste 680
Bibliografie specifică 682

TITLUL X. Dreptul procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență 683
Capitolul I. Introducere 684
Capitolul II. Codul insolvenței 687
Capitolul III. Mandatul ad-hoc 691
Capitolul IV. Concordatul preventiv 693
Capitolul V. Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii 702
Secțiunea 1. Condițiile aplicării procedurii insolvenței 705
Secțiunea a 2-a. Participanții la procedura insolvenței. 708
Secțiunea a 3-a. Cererile introductive 718
Secțiunea a 4-a. Efectele deschiderii procedurii 722
Subsecțiunea 1. Desfășurarea procedurii insolvenței 728
Subsecțiunea a 2-a. Situația actelor juridice ale debitorului 732
Capitolul VI. Reorganizarea judiciară 739
Capitolul VII. Procedura falimentului 747
Capitolul VIII. Închiderea procedurii 755
Secțiunea 1. Modalități de realizare 755
Secțiunea a 2-a. Răspunderea pentru intrarea în insolvență 757
Capitolul IX. Grupul de societăți și insolvența 761
Secțiunea 1. Introducere 761
Secțiunea a 2-a. Reguli speciale privind competența și organele care aplică procedura 763
Secțiunea a 3-a. Deschiderea procedurilor și alte reguli speciale 764
Capitolul X. Proceduri speciale de insolvență. Falimentul instituțiilor de credit 766
Secțiunea 1. Participanții la procedura falimentului 767
Secțiunea a 2-a. Deschiderea și desfășurarea procedurii 769
Secțiunea a 3-a. Metode specifice de lichidare și distribuire în procedura falimentului 771
Secțiunea a 4-a. Răspunderea membrilor organelor colegiale, personalului de execuție sau cu atribuții de control din instituția de credit aflată în faliment. Închiderea procedurii 772

BCU "LUCIAN BLAGA" UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul XI. Proceduri speciale de insolvență. Falimentul societăților de asigurare și reasigurare 774
Secțiunea 1. Participanții 775
Secțiunea a 2-a. Deschiderea procedurii 777
Secțiunea a 3-a. Răspunderea organelor de conducere ale societății de asigurare. Încetarea procedurii 779
Capitolul XII. Insolvența transfrontalieră 781
Secțiunea 1. Recunoașterea unei proceduri de insolvență străine în România 782
Secțiunea a 2-a. Creditorii străini și procedura română de insolvență 785
Secțiunea a 3-a. Dispoziții privind coordonarea insolvenței grupurilor de societăți 786
Secțiunea a 4-a. Insolvența transfrontalieră a instituțiilor de credit 787
Secțiunea a 5-a. Insolvența transfrontalieră a societăților de asigurare 790
Teme de dezbatere și teste 792
Bibliografie specifică 794
Bibliografie selectivă 795

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Cuvânt-înainte

Dreptul comercial este o ştiinţă juridică cu tradiţie în învăţământul juridic, dar şi în alte arii de specializare, precum ştiinţele economice, ştiinţele administrative şi alte domenii ale ştiinţelor sociale. Stabilitatea relativă de care s-a bucurat acest domeniu – Codul comercial nu a fost niciodată abrogat de la promulgarea lui, în anul 1887, până la intrarea în vigoare a noului Cod civil, în anul 2011, chiar dacă nu a fost aplicat în regimul trecut – a cristalizat în trecut o tablă de materii clasică pentru această ştiinţă juridică: actele şi faptele de comerţ, comercianţii şi fondul de comerţ, domeniul societăţilor comerciale cu reglementarea constituirii societăţilor, funcţionarea, modificarea, transformarea, reorganizarea şi încetarea lor, obligaţiile comerciale şi titlurile comerciale de valoare. Materia clasică a falimentului a fost reconfigurată permanent pentru a se ajunge la forma prezentă a dreptului pre-insolvenţei şi al insolvenţei, cu faza predominant extrajudiciară a mandatului ad-hoc şi concordatului preventiv şi procedura insolvenţei care a înglobat şi procedura clasică a falimentului. *Codul insolvenţei* îşi propune continuarea pe aceeaşi direcţie a modernizării materiei, prin unificarea şi eficientizarea tuturor procedurilor de pre-insolvenţă şi insolvenţă, inclusiv materiile speciale şi elementele transfrontaliere.

Şi în trecut era acceptată desprinderea, prin specializare, din dreptul comercial a unor domenii bine individualizate precum dreptul bancar (dreptul instituţiilor de credit în prezent), dreptul asigurărilor, dreptul pieţei de capital, dreptul consumului, dreptul concurenţei, dreptul transporturilor etc. Toate aceste domenii comerciale au un grad de specializare şi izvoare normative speciale, pe două paliere, normativ propriu-zis şi administrativ-normativ, care le fac greu de studiat împreună cu tabla de materii clasică expusă. Aceste domenii sunt exfolieri ale corpusului principal care făceau din dreptul comercial clasic un drept comun, un sol pe care se sprijină din ce în ce mai multe domenii juridice cu aspiraţii de existenţă autonomă care reuşeau să se sustragă unei priviri generale, fără pretenţii de exhaustivitate, a domeniului comercial clasic.

În prezent situaţia dreptului comercial este total diferită. Intrarea în vigoare a noului Cod civil şi asimilarea unei abordări bazată pe unitatea dreptului privat, cu observarea statului special al profesioniştilor, a suscitat poziţii doctrinare diferite, de la aruncarea în uitare a întregii construcţii doctrinare a dreptului comercial clasic până la minimizarea noutăţii reglementării, după modelul doctrinei interbelice dominante aferente Codului civil italian. Abandonarea sistemului obiectiv de reglementare comercială, cu noţiunile de *acte* şi *fapte de comerţ* şi *comerciant*, unitatea reală a dreptului privat sunt totuşi puncte comune ale doctrinei recente. Desfiinţarea dihotomiei *drept comercial - drept civil* care a ocupat o parte importantă din propedeutica comercială, dar şi din disputele cu tradiţie din doctrina aprofundată, părea a lăsa un vid în ştiinţa dreptului şi în programele şcolare. La data redactării acestui curs este însă format un curent dominant în doctrină: dreptul comercial continuă să existe, poate în dezacord cu voinţa unora dintre redactorii noului Cod civil, dar în deplin acord cu izvoarele normative şi realitatea economico-socială. Conformaţia exactă a noului drept comercial, ca subramură de drept privat, suscită însă reprezentări diferite, lucru tradus în percepţia

diferită a ştiinţei dreptului comercial. Aşa cum a fost subliniat din primul moment, dreptul comercial va supravieţui în mod sigur prin subdiviziunile sale bine coagulate care s-au sustras codificării unice: dreptul societăţilor, al întreprinderilor în dificultate, al titlurilor de valoare, instituţii de credit, piaţă de capital, dreptul concurenţei etc. Tocmai aceste centre de reglementare care ameninţau unitatea dreptului comercial clasic îi asigură acum supravieţuirea. Toate aceste niveluri de reglementare refuză dezintegrarea în lipsa liantului comun, a nucleului unitar comercial. Substanţa comună din aceste subdiviziuni se opune disoluţiei domeniului şi acţionează ca o forţă gravitaţională puternică pentru o construcţie nouă. Dacă ne este permis, dreptul comercial clasic s-a dezintegrat în sensul unei supernove care a evoluat dintr-o stea într-o gaură neagră ce reţine, cu forţă mai mare de atracţie, corpusurile comerciale din vechiul sistem, deşi izvorul acestei sporite coeziuni gravitaţionale nu mai este detectabil la prima vedere. Dacă substanţa noului drept nu este contestată, situaţia ştiinţei sale relevă diferenţele de apreciere a conturului şi consistenţei acestui domeniu. Dreptul afacerilor, dreptul întreprinderii sau dreptul profesioniştilor sunt tot atâtea variante de ordonare a noii reglementări, de regrupare a materiei comerciale recuperate după *big bang*-ul detonat de noua reglementare. Regruparea conceptuală în instituţii precum întreprinderea, activitatea economică sau categoria profesioniştilor asigură teorii de aproximare a unei realităţi amorfe formate din toate domeniile speciale desprinse din dreptul comercial care nu au sucombat odată de codificarea prezentă a dreptului privat.

Reglementările viitoare din domeniul afacerilor şi doctrina care le va urma au deja un ascendent în legislaţia primară şi cea secundară a dreptului european. Nu este un secret faptul că domeniul pieţei interne din reglementările europene este construit în jurul noţiunilor de *întreprindere* şi de *activitate economică*, fiind indiferent unei dihotomii de genul *comercial-civil*. Chiar noţiunea de *societate* este extinsă în Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (art. 54, fostul art. 48 din Tratatul privind Comunităţile Europene în forma anterioară Tratatului de la Lisabona) până la limitele scopului patrimonial, indiferent de tipul de persoană juridică observată (publică, privată, de tip cooperativă, civilă sau comercială). Plasarea activităţilor economice în contextul unic al pieţei comune şi tratarea dintr-un punct de vedere unitar, privat, este comună opticii europene.

Noi am optat pentru păstrarea denumirii clasice a domeniului, de *drept comercial*, fiindcă şi legiuitorul european şi legiuitorii naţionali europeni, precum şi destinatarii finali ai normelor juridice (profesioniştii care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ) operează în continuare cu această denumire. Prin aceasta nu fetişizăm o reglementare apusă şi nici nu ne înrolăm între defetiştii noii reglementări unitare de drept privat. Alături de prezentarea proprie a viziunii asupra ştiinţei dreptului comercial scopul cursului este de a prezenta materia prezentă a dreptului comercial, conţinând încă anumite detalieri pentru a face conceptele comprehensibile şi uşor de mânuit, într-o formă susceptibilă de a fi asimilată şi de studenţi, nu numai de specialişti. Scopurile ultim relevate ale materialului sunt trădate şi de exemplele de teste grilă şi subiecte utile pentru pregătirea materiei pentru susţinerea examenului de sfârşit de semestru.

Autorul

Bucureşti, 15 octombrie 2013

Abrevieri

A.N.A.F.	– Agenția Națională de Administrare Fiscală
A.S.F.	– Autoritatea de Supraveghere Financiară
alin.	– alineat(ul)
apud	– citat după
art.	– articol(ul)
B.C.R.	– Banca Comercială Română
B.N.R.	– Banca Națională a României
BERD	– Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare
BPI	– Buletinul procedurilor de insolvență
C.A.	– Curte(a) de Apel
C.A.F.R.	– Camera Auditorilor Financiari din România
C.civ.	– Codul civil (Legea nr. 287/2009 privind Codul civil)
C.com.	– Codul comercial din 1887
C.fisc.	– Codul fiscal
C.N.V.M.	– Comisia Națională a Valorilor Imobiliare
C.proc.civ.	– Codul de procedură civilă (Legea nr. 134/2010)
C.S.J.	– Curtea Supremă de Justiție
Cas.	– Curtea de Casație și Justiție a României
CE	– Comunitatea Europeană
CEE	– Comunitatea Economică Europeană
CF	– cartea funciară
CJ	– revista Curierul Judiciar
CJUE	– Curtea de Justiție a Uniunii Europene
DCC	– Decizia Curții Constituționale
Dreptul	– revista Dreptul
Ed.	– Editura
FGDB	– fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar
GEIE	– Grupul european de interes economic
GIE	– Grupul de interes economic
H.G.	– hotărârea Guvernului
I.C.C.J.	– Înalta Curte de Casație și Justiție
ICGN	– International Corporate Governance Network
JOCE	– Jurnalul Oficial al Comunităților Europene
JOUE	– Jurnalul Oficial al Uniunii Europene
Juridica	– revista Juridica
L.G.D.J.	– Librairie général de droit et de jurisprudence
lit.	– litera
LS	– Legea societăților (Legea nr. 31/1990)
M.Of.	– Monitorul Oficial al României, Partea I
n.a.	– nota autorului
n.n.	– nota noastră

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

O.E.V.M.	– Oficiul de Evidență a Valorilor Mobiliare
O.G.	– ordonanța Guvernului
O.U.G.	– ordonanța de urgență a Guvernului
OECD	– Organizația pentru Cooperare Economică și Dezvoltare
op. cit.	– opera citată
p.	– pagina
parag.	– paragraf
pct.	– punct
PFA	– persoană fizică autorizată
PR	– revista Pandectele Române
RDC	– Revista de Drept Comercial
RRDA	– Revista Română de Dreptul Afacerilor
s.n.	– sublinierea noastră
SA	– societate pe acțiuni
SAI	– societate de administrare a investițiilor
SC	– societate comercială
SCE	– societate cooperativă europeană
SCS	– societate în comandită simplă
SE	– societate europeană
SNC	– societate în nume colectiv
SPRL	– societate profesională cu răspundere limitată
SRL	– societate cu răspundere limitată
SSIF	– societate de servicii de investiții financiare
supra	– deasupra, mai sus
TCE	– Tratatul instituind Comunitatea Europeană
TFUE	– Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene
Trib.	– Tribunal(ul)
TUE	– Tratatul privind Uniunea Europeană
UE	– Uniunea Europeană
UNPIR	– Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România
vol.	– volum(ul)

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL I
Introducere în dreptul comercial

Cuprins

Capitolul I. Noțiuni introductive privind dreptul comercial
Capitolul II. Sisteme normative de drept comercial
Capitolul III. Evoluția dreptului comercial în România
Capitolul IV. Izvoarele dreptului comercial
Capitolul V. Știința dreptului comercial român
Teme de dezbatere și teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Noțiuni introductive privind dreptul comercial

1. Dreptul comercial şi obiectul său. În mod intuitiv, dreptul comercial are ca obiect de studiu comerțul, operațiunile de interpunere în schimburile persoanelor de drept. Crescând rigurozitatea, dreptul comercial, în calitate de parte a dreptului privat, are ca obiect de studiu acele raporturi juridice care reglementează comerțul. În calitate de drept pozitiv, dreptul comercial însumează un ansamblu de norme juridice cu această finalitate, rămânând științei juridice corespunzătoare rolul de a studia această construcție juridică normativă. Deocamdată referirea la comerț este una pur intuitivă, bazată pe percepția comună. De la început trebuie să remarcăm aversiunea prezentă a legiuitorului pentru acest termen, eliminarea lui sistematică din vocabularul juridic[1]. Poziționarea deocamdată în realitatea socială şi economică comună, precum şi în știința dreptului, care, ca orice știință obiectivă, scapă controlului uman (chiar al legiuitorului), ne exonerează de îndrăzneala de a nesocoti prescripțiile clare ale noii codificări de drept privat.

Noțiunea de *comerț* este în esență una extrasă din domeniul economic. Contrapunerea de natură economică între producție şi schimb a dat contur termenului de *comerț*. În sens *economic*, comerțul este receptat ca o activitate al cărei scop este schimbul şi circulația mărfurilor de la producători la consumatori, sens utilizat şi în limbajul comun[2].

Sensul *juridic* al noțiunii de *comerț* reține un conținut mai larg[3], supus viziunii în schimbare a legiuitorului temporal. Dacă percepția economică reține domeniul limitat al interpunerii în schimb, în contrapunere cu producția şi prestările de servicii, văzute separat, viziunea juridică este una integratoare, însumând toate aceste activități economice[4]. Într-un prim contact cu materia trebuie să reținem ca obiect comercial activitățile de producție, comerț sau prestări de servicii[5] sau, într-o formă ce încearcă să elimine tautologia definirii noțiunii prin ea însăşi (comerț), producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau prestarea de servicii. În mod transparent comerțul este explicitat prin operațiunile de interpunere în circulația mărfurilor, lucru realizat în

---

[1] Legea nr. 31/1990, cu republicările şi modificările ulterioare, a devenit, odată cu intrarea în vigoare de la 15.02.2013 a noului Cod de procedură civilă, prin Legea nr. 76/2012 (art. 18), Legea societăților, sintagma „comerciale" fiind eliminată din titlul şi din tot cuprinsul legii. Acțiunea este una începută prin Legea de punere în aplicare a Codului civil, Legea nr. 71/2011 (art. 6 şi 8), precum şi prin O.U.G. nr. 79/2011 care înlătură în mod sistematic din vocabularul juridic temenii: comerciant, acte şi fapte de comerț, contract comercial.

[2] Sensul comun originar relevă mai mult o relație între oameni care privește marfa. A se vedea *M. de Juglart, B. Ippolito*, Cours de droit commercial, vol. I, 11e éd., Montchrestien, Paris, 1995, p. 6. Acest sens derivă din cuvântul latinesc *commercium* care la rându-i poate fi descompus în morfemele *„cum"* şi *„merx"*, ceea ce înseamnă *„cu marfă"*.

[3] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 6.

[4] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012, p. 9.

[5] Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), art. 8 alin. (2).

receptarea comună de „comercianți" (în accepțiunea profană a termenului), precum și de operațiunile de producere a mărfurilor, pe care le efectuează fabricanții, și cele de executare de lucrări și prestare de servicii, pe care le realizează prestatorii de servicii.

Conceptul juridic de *comerț* reglementează activitățile de producere și circulație (distribuție) a mărfurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii.

Față de aceste delimitări putem defini dreptul comercial ca fiind acea parte a dreptului privat care se aplică anumitor persoane (profesioniștii) și anumitor activități economice (producerea și circulația mărfurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii, toate cu scop lucrativ)[1].

Doctrina recentă tinde să depășească idiosincrasiile lingvistice ale legiuitorului și să revalorifice juridic termenii de *comerciant* și *activități comerciale* care sunt mult mai sugestivi pentru scopurile didactice și științifice datorită forței lor de cuprindere a fenomenului comercial. Astfel, dreptul comercial este definit ca o ramură a dreptului privat care grupează normele juridice ce vizează raporturile juridice la care participă profesioniștii activității comerciale (comercianții)[2].

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 5. Autorii se referă la comercianți și acte de comerț în sensul reglementării comerciale franceze.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 11; *V. Nemeș*, Drept comercial, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 2.

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul II
Sisteme normative de drept comercial

2. Resursele normative civile. De-a lungul timpului materia comercială a avut reflectări normative şi a cunoscut soluţii de politică normativă diferite în Europa şi pe mapamond. Văzând rădăcinile latine ale domeniului este de necontestat ascendenţa dreptului civil (în sistemele de tip *civil law*) asupra dreptului comercial. Raporturile juridice comerciale s-au cristalizat în interiorul dreptului civil, s-au individualizat ca o necesitate a vieţii economice în dezvoltare[1] şi în contrapunere cu dreptul public, perceput ca fiind sub amprenta autorităţii, dominat de supremaţia puterii temporale statale.

Dincolo de acest punct de plecare comun soluţiile normative privind dreptul comercial au cunoscut diferenţe importante. Se cunoaşte astăzi sistemul „unităţii dreptului privat" şi sistemul dihotomiei civil/comercial, respectiv principiul autonomiei dreptului comercial.

Cele două sisteme sunt prezentate în mod voit de doctrină ca fiind complementare şi concurente. În realitate întotdeauna a existat o viziune integratoare în sensul că ambele ramuri de drept au rămas întotdeauna în interiorul dreptului privat. Diferenţa sistemelor expuse constă în conferirea dreptului comercial a unui rol autonom (deşi în mod real acesta nu şi-a revendicat niciodată o poziţie de egalitate cu dreptul civil, ci a recunoscut preeminenţa şi rolul de drept comun al dreptului civil) sau în acceptarea poziţiei acestuia de ramura de drept civil.

Dincolo de aceste consideraţii teoretice a existat şi un element obiectiv care a semnalat de obicei prezenţa uneia sau a celeilalte soluţii normative: codificarea dreptului comercial. Existenţa Codului comercial într-o formă unitară a fost considerată argument suprem pentru autonomia dreptului comercial. Dincolo de aparenţe nici aici nu găsim un argument hotărâtor. Lipsa codificării speciale, ca preocupare a legiuitorului, nu echivalează cu inexistenţa unui domeniu de drept. Legile speciale însele, în forma individuală, sunt suficiente pentru conturarea clară a instituţiilor juridice apte să coaguleze o ramură de drept. Dincolo de aceste norme speciale, chiar Codul civil (care prin definiţie nu poate lipsi în sistemele de drept romanic) poate institui o dihotomie civil/comercial prin obiectul reglementării şi prin dualismul tratării subiectelor de drept.

În concluzie nu semnele exterioare ale sistemului normativ sunt de natură să indice soluţiile normative reale, ci substanţa însăşi a reglementării. Rezervarea pentru anumite subiecte de drept a unui regim derogatoriu, în considerarea tipului de raporturi juridice reglementate, poate fi suficientă pentru delimitarea unui domeniu sau a unei ramuri de drept.

---

[1] Pentru evoluţia istorică: *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 16-20; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. I, Ed. Socec, Bucureşti, 1946, p. 11-72; *Y. Guyon*, Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), Economica, Paris, 2003, p. 12-18; *St.D. Cărpenaru*, op. cit., p. 11-13.

Revine ştiinţei juridice particulare (a dreptului comercial) rolul de a-şi individualiza şi de a caracteriza complet domeniul său de studiu.

3. Autonomia dreptului comercial. Într-o accepţiune simplistă separarea dreptului civil de dreptului comercial este o întreprindere simplă, respectiv dreptul civil va avea ca izvor normativ un Cod civil, iar dreptul comercial un Cod comercial. Aceasta aserţiune simplă s-a dovedit mult mai greu de realizat în practică fiindcă codurile însele au nevoie de un criteriu infailibil de separare a raporturilor juridice civile de cele comerciale. Evident, astfel de criterii au fost puse în practică, cu intenţia clară de a separa domeniile. Lucru pe care aplicarea subsecventă a codurilor l-a dovedit ca fiind departe de claritatea pe care legiuitorii au sperat-o. În general orice concept teoretic îşi dovedeşte viabilitatea doar după „imersiune" în mediul ostil al realităţii, acolo unde forţele sociale divergente îi testează rezistenţa. Doar dacă acesta, precum un tripod aşezat pe un dig, a supravieţuit eroziunii continue şi asaltului încercărilor reale, poate fi considerat o creaţie reuşită, dar niciodată imuabilă. Schimbări normative majore sunt comune evenimentelor sociale majore. Sau perioadelor de reflecţie şi modernizare care produc opere normative de durată.

Franţa postrevoluţionară, prin Codurile Napoleon[1], a „brevetat" dihotomia civil/comercial prin edictarea nu numai a două coduri diferite, dar mai ales prin instituirea criteriului obiectiv de separare a dreptului comercial de dreptul civil. Instituţia „actelor de comerţ", definite obiectiv (chiar dacă nelimitativ) permite trasarea unui domeniu determinist pentru dreptul comercial. Aceste acte juridice (sau fapte juridice) de comerţ constituie linia de demarcaţie între dreptul civil şi comercial. Caracterul nelimitativ (uman şi de înţeles de altfel) de reglementare obligă însă la descoperirea unor „criterii de comercialitate" mai puţin obiective, extrase până la urmă din enumerarea legală. Se ajunge în acest mod la un algoritm de „inducţie incompletă" în vederea descoperirii altor fapte de comerţ, necuprinse în enumerare, algoritm care nu are cum să prezerve caracterul obiectiv şi determinist al enumerării iniţiale. Apare astfel o breşă importantă în creaţia normativă, chiar pe linia de demarcaţie dintre domeniile civil şi comercial.

Reglementarea franceză este una „în pas cu timpurile". Prin instituirea unui sistem original, „obiectiv", al Codului comercial, legiuitorii încercau să fie consecvenţi cu propriile principii de egalitate în faţa legii. Privilegiile, ca şi decăderile, au fost cu obstinaţie evitate în opera legislativă franceză din această perioadă. Evitând să instituie un corp privilegiat, cel al comercianţilor, Codul francez a pornit din direcţia opusă, a egalităţii de acces la profesiunea comercială. Lucru realizat prin desprinderea comerţului de „comercianţi privilegiaţi", prin ocolirea oricărei reglementări de castă. Sistemul obiectiv francez reuşeşte să deschidă dreptul comercial către orice subiect de drept indiferent de apartenenţa de breaslă sau recunoaşterea profesională individuală. Doctrina franceză modernă subliniază însă pierderea de către dreptul comercial contemporan a caracterelor sale originare. Caracterul obiectiv se estompează pentru a deveni un drept profesional dominat de dreptul public. Dreptul comercial se publicizează. Codificarea accentuată internă este atenuată de caracterul internaţional sau

[1] Codul civil (Napoleon) a fost edictat în 1804, iar Codul comercial (1807) în anul 1807. Cele două coduri sunt încă în vigoare.

european al relațiilor comerciale care trebuie să se subordoneze convențiilor, tratatelor, legislației europene (piața comună, regimul unitar vamal și de concurență). Domeniul său este în extindere, devenind un drept al afacerilor, axat pe ideea mai largă de întreprindere și pe ideea de protecție a publicului (dreptul consumației și dreptul concurenței)[1].

Dincolo de slăbiciunile intrinseci ale criteriului său obiectiv și de evoluțiile ulterioare sistemul francez nu putea să nu fie atractiv prin libertatea comercială pe care o legiferează. Dreptul comercial trasat de sistemul francez are puternice tendințe de autonomie și a fost unanim receptat ca un mod de legiferare independentă a dreptului comercial în contrapunere cu dreptul civil, sistem din care s-au inspirat numeroase națiuni în legiferarea proprie.

Dreptul comercial mai cunoaşte un model de delimitare între raporturile juridice civile și cele comerciale. În **Germania** criteriul de delimitare ales este unul subiectiv. Comercianții sunt supuși afilierii profesionale și subsecvent acestei opțiuni (subiective) devin subiecți ai dreptului comercial. În baza acestui criteriu legea comercială (Codul comercial) se aplică doar acelora care au fost recunoscuți ca profesioniști (comercianți). În acest mod domeniul comercial este exclusiv un domeniu al profesioniștilor (comercianților) care „adaugă" dreptului comercial toate rapoartele juridice în care sunt angrenați. Actele juridice în sine nu au în acest mod o încărcătură „obiectivă", comercială, ci devin comerciale doar prin intermediul subiectelor de drept care le încheie. Această abordare este una tradițională germanică[2]. Codul comercial german (*Handelsgesetzbuch, HGB*) din 1897, în vigoare din anul 1900, se bazează pe o asemenea distincție[3]. Profesioniștii identificați de criteriul subiectiv privesc în general bancherii și comercianții propriu-ziși.

Privind cele două abordări din cadrul sistemului autonomiei comerciale diferențele par mai mari decât sunt în realitate. De fapt niciunul din sistemele prezentate nu atinge puritatea dihotomică văzută doar de doctrină. Astfel, sistemul obiectiv francez sfârșește în definirea comercianților prin intermediul noțiunii actelor și faptelor de comerț, comercianți cărora le incumbă, printre obligațiile principale, aceea de înregistrare într-un registru al comerțului, finalitatea fiind aceeași precum în sistemul subiectiv.

Nici sistemul subiectiv nu este străin la origine de identificarea obiectivă a unor fapte declarate ca fiind comerciale. Astfel, Codul german reținea ca activități comerciale: producția și vânzarea de bunuri mobile, întreprinderile de manufactură, asigurări, bănci, transporturi, comisioane, publicații, tipografii[4].

Sistemului subiectiv de reglementare, deși mai blamat din punct de vedere al libertății de alegere a profesiei comerciale, îi sunt recunoscute meritele pentru distincția clară a domeniului comercial și în final pentru determinismul său. Slăbiciu-

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 10.

[2] *Prussian Allgemeine Landrecht*, din secolul XVIII, este la baza reglementării.

[3] *Handelsgesetzbuch*, HGB, art. 343: *„(1) Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören"*. Tranzacțiile comerciale sunt toate tranzacțiile încheiate de un comerciant în cursul comerțului pe care îl realizează. Conform HGB, art. 2, *„(...) este un act de comerț dacă cel ce îl săvârșește este înscris în registrul comercial"*.

[4] *Handelsgesetzbuch*, HGB, art. 1 alin. (2), în forma din anul 1897.

nile şi criticile aduse sistemului obiectiv francez sunt în mare parte înlăturate de această abordare normativă mult mai pragmatică.

Aceste două sisteme de delimitare a dreptului comercial de dreptul civil au fost sursă de inspiraţie pentru numeroase sisteme normative naţionale. Atât sistemul francez cât şi sistemul german pornesc de la existenţa unui Cod comercial distinct care semnalizează existenţa indubitabilă a unui drept comercial autonom.

4. Unitatea dreptului privat. Sistemul unităţii dreptului privat poate fi decelat în mod grosier printr-o particularitate normativă. Statele care îl îmbrăţişează edictează un Cod unic (Cod civil) care reglementează în totalitate regimul persoanelor şi raporturile juridice în care acestea pot fi subiecte de drept. Practic lipseşte o codificare distinctă a dreptului comercial. Acest aspect extern nu este întotdeauna relevant fiindcă codificarea unică poate să reprezinte o însumare a celor materii care să-şi păstreze însa autonomia internă. Unitatea dreptului privat este în acest caz una formală, fără o tratare unică a domeniului comercial cu cel civil. Criteriul codificării unice nu poate să reprezinte argumentul decisiv pentru unitatea dreptului privat.

Din punct de vedere istoric tendinţa spre „unificare" pare una mai recentă aşa încât codificările unice şi unitatea dreptului privat sunt creditate în mod curent ca fiind purtătoare ale modernităţii şi semne ale evoluţiei juridice.

Italia este un exemplu de codificare unică a dreptului privat. Tradiţiile juridice italiene se revendică în mod natural de la *Corpus juris civilis* a lui Iustinian, dar şi de la *Corpus juris canonici* din perioada medievală. Revoluţia franceză a avut un ecou puternic în peninsulă şi prin emanaţia să juridică, Codurile Napoleon din 1804 şi 1807. Codul civil italian din 1865 este o versiune a Codului francez, cu soluţii proprii în domeniul căsătoriei şi al domeniilor asociate (proprietatea soţilor, copii, divorţ etc.). Codificarea comercială (Codul comercial italian) din anul 1882 a fost cea mai progresistă a vremii, cu o îmbunătăţire a Codului francez care a stat şi la baza codificării române din anul 1887 (Codul comercial român).

Concordatul din 1929 dintre statul italian şi Biserica catolică a necesitat modificări ale dreptului italian care au precedat masiva remodelare legislativă din perioada fascistă.

Modificările normative au început cu Codul penal din 1930 pentru a culmina cu Codul civil din anul 1942. Acest Cod civil a fost revoluţionar pentru acea decadă, compilând cca 2.000 de articole de norme pentru toate aspectele vieţii private, atât civile cât şi comerciale. Acesta a abrogat şi a înlocuit atât Codul civil italian din 1865 cât şi Codul comercial italian din 1882.

Deşi un produs al perioadei fasciste, Codul civil italian a supravieţuit şi a reprezentat un model pentru Codul civil din **Olanda** şi state din **America Latină**.

Din punctul de vedere al teoriei comerciale, Codul civil italian defineşte şi se bazează pe conceptul de întreprinzător[1]. Acesta exercită în mod profesional o activitate economică organizată cu scopul producerii sau schimbului de bunuri sau servicii.

---

[1] Codul civil italian, Cartea V, Titlu II, Capitolul I, Secţiunea 1, art. 2082 defineşte întreprinzătorul, *„imprenditore: chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"*.

Saltul conceptual de la întreprinzător la întreprindere a fost făcut doar de doctrină, fără suport normativ direct. Astfel, întreprinderea este percepută ca o activitate economică organizată cu scopul producerii şi schimbului de bunuri şi de servicii. În acest mod esenţial pentru întreprindere este scopul (producţia de bunuri etc.) şi modalitatea angajată pentru atingerea acestui scop (organizaţia, economică sau profesională). Mai departe, întreprinderea este observată relativ la forma să de organizare socială şi juridică: individuală (întreprindere individuală, familială) sau colectivă (societăţi comerciale, societăţi cooperative). Codul civil italian a renunţat la instituţia actelor de comerţ obiective, proprie modelului francez (şi Codul comercial italian din 1882) în favoarea instituţiei de întreprindere[1], ca fundament al dreptului comercial, dezvoltat în afara noţiunii de act obiectiv de comerţ.

Contrar aparenţei de desprindere totală de teoria comercială clasică, doctrina vremii a apreciat că Codul civil italian nu prezintă o ruptură cu sistemul clasic de reglementare, deoarece pentru ca o întreprindere să fie comercială, ea trebuie să aibă ca obiect una dintre activităţile precizate de Codul civil, activităţi comune în parte cu actele obiective de comerţ din Codul comercial clasic (francez).

Noutatea Codului italian stă în noţiunea de *întreprindere* care transcende domeniului comercial. Esenţa noţiunii este una economică, de inspiraţie corporatistă, care aspira la integrarea intereselor tuturor persoanelor care concurau la realizarea activităţilor din economie.

5. O prezentare şi mai nouă, iar dacă asociem necondiţionat noutatea cu modernitatea şi modernă, este soluţia Codului civil Québec (regiunea franceză din **Canada**).

Proprie Canadei este coexistenţa în graniţele naţionale a două sisteme diferite de drept: sistemul de *common law* (anglo-saxon, în regiunea Ontario) şi sistemul de *civil law* (în regiunea franceză, Québec).

Codul civil Québec a fost edictat în anul 1994 şi se înscrie pe direcţia unificării dreptului privat.

Codul civil român din 2009 pare a fi apreciat în mod deosebit această codificare. Codul respectiv are referiri minime la domeniul comercial, tratând unitar întregul drept privat. Codul canadian observat reţine doar în privinţa unor obligaţii comerciale, noţiunea de *exploatare a unei întreprinderi*, fără altă teoretizare a întreprinderii sau a întreprinzătorului[2].

De fapt soluţiile de drept comercial sunt plasate de Codul canadian (Québec) în afara Codului civil datorită problemelor de unificare cu concepţia comercială din restul tării, de influenţă anglo-saxonă.

Sistemul de *common law* nu poate fi trecut cu vederea în aprecierea *status-quo*-ului dreptului comercial. **SUA** reprezintă un exemplu modern de evaluare a dreptului comercial în interiorul unui sistem legal bazat pe dominaţia precedentului.

---

[1] *E. Cristoforeanu*, Unificarea dreptului privat italian. Dreptul comercial şi noul Cod civil italian, în RDC nr. 1-2/1943, p. 5, *apud St.D. Cărpenaru*, Dreptul comercial în condiţiile noului Cod civil, în CJ nr. 10/2010.

[2] Art. 1525 C.civ. Québec: *„The carrying on by one or more persons of an organized economic activity, whether or not it is commercial în nature, consisting of producing, administering or alienating property, or providing a service, constitutes the carrying on of an enterprise".*

Trebuie spus că în mod tradițional sistemul de *common law* are o viziune integratoare, în sensul tratării unitare a dreptului privat. Sistemul cutumiar a dictat și comerțului, ca și restului dreptului privat.

Tendința americană cu manifestare de durată a fost aceea de fixare normativă unificată a dreptului comercial în toate statele americane (excepția fiind Louisiana, cu sistemul său de tip romanic). Codul comercial uniform este o creație atât doctrinară cât și normativă remarcabilă a sistemului de drept american. Necesitatea unei legi comerciale uniforme a rezultat din barierele artificiale ridicate de regulile diferite din fiecare stat american. Opera normativă în sine aparține *American Law Institute* (ALI) și *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), prima versiune datând din anul 1942. În spiritul tradițional comercial Codul reglementează raporturile juridice care au ca obiect mărfuri (bunuri mobile), nu imobile. Codul, în calitate de operă a unei inițiative private, nu are caracter normativ în sine. Dar odată legiferat ca atare de fiecare stat (cu modificări neesențiale față de ediția standard) acesta capătă caracter normativ (*statute law*). Codul a fost adoptat în timp de toate cele 50 de state americane, cu excepția Louisiana care a preferat să-și mențină regimul de drept civil aplicabil vânzării de bunuri. Diviziunile Codului, respectiv subiectele tratate, privesc vânzarea de bunuri (art. 2), închirierea (art. 3), instrumentele negociabile (art. 4), operațiuni bancare (art. 4, 4A și 5), licitații și lichidări (art. 6), instrumente financiare și garanții (art. 8 și 9).

Codul în sine este supus unor modernizări periodice însă legiferarea lor este un proces mult mai lent și anevoios.

6. Viziunea **Uniunii Europene** în privința dreptului comercial nu poate fi decât una integratoare. Atât timp cât în interiorul uniunii se află ambele mari sisteme normative (*civil law* și *common law*) cât și abordările de drept privat (sistemul unitar și sistemul autonomiei dreptului comercial), dreptul Uniunii Europene nu poate spera la o unificare conceptuală în domeniu. Armonizarea în domeniul societar și al întreprinderilor în general este o operă normativă în principiu încheiată odată cu corpusul directivelor de *Company Law*. Trendul ulterior a fost al creațiilor societare originale și unice [*Societas Europaea* (SE), *societatea cooperativă*][1].

Întreprinderea (*undertaking*) este o noțiune folosită constant de legislația primară europeană cu sensul de unitate economică primară, fără pretenții de teoretizare[2].

Interesantă este și delimitarea termenului de societate (*company, firm*) în domeniul european. Într-un mod nefericit, tautologic pentru doctrină, societățile sunt definite ca fiind societățile constituite în conformitate cu dispozițiile legislației civile sau comerciale, inclusiv societățile cooperative și alte persoane juridice de drept public sau privat, cu excepția celor fără scop lucrativ[3]. Această definiție trasează în linii mari chiar limitele unui domeniu comercial, indiferent dacă legislația națională folo-

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

[2] Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Una din libertățile de mișcare, cea privind persoanele, include și libertatea de stabilire și libertatea de a iniția și conduce o întreprindere (art. 49). Domeniul reglementărilor concurențiale (art. 101 și urm.) are în vedere tot noțiunea de *întreprindere* ca element ireductibil al mediului economic.

[3] Art. 54 alin (2) TFUE.

seşte unificarea dreptului privat (legislaţia civilă) sau cunoaşte o autonomie a dreptului comercial (legislaţia comercială).

Creativitatea normativă europeană este una greu de stăvilit astfel încât propuneri din cele mai diverse îşi aşteaptă decantarea şi aprobarea în contextul legislativ european. Trebuie amintit aici proiectul privind Dreptul European al Contractelor[1], dar şi un proiect mult mai ambiţios de codificare (pe calea unei directive sau regulament) a întregului drept privat european (European Civil Code)[2].

7. Concepţia monistă versus concepţia dualistă în relaţia dreptului comercial cu dreptul privat. Raportul dreptului comercial cu dreptul privat din care primul a evaluat a cunoscut aceste două abordări care şi-au găsit, fiecare, susţinători şi critici atât în rândul doctrinei cât şi în creaţiile normative naţionale. Autonomia dreptului comercial sau unitatea dreptului privat este o temă asupra căreia s-a pronunţat fiecare generaţie de specialişti ai dreptului comercial. Argumentele pro şi contra evidenţiate de-a lungul timpului nu au închis niciodată dezbaterea, semn ca ambele abordări îşi pot găsi cu uşurinţă forme normative viabile.

Dreptul românesc este în punctul de inflexiune între cele două abordări, în momentul trecerii de la sistemul autonomiei dreptului comercial la sistemul monist, al unităţii dreptului privat. Opţiunea este evident una de politică normativă, iar resorturile ei nu dezvăluie cu certitudine decât o dorinţă declarată de modernizare. În domeniul juridic însă vechi nu înseamnă neapărat şi învechit după cum o demonstrează chiar succesul codurilor comerciale din secolul XIX în pieţele interne cele mai active din Uniunea Europeană: Franţa şi Germania. Nici argumentul codificării exhaustive nu este hotărâtor: extinderea schimburilor internaţionale şi creşterea rolului normativ al instituţiilor Uniunii Europene demonstrează eşecul ambiţiei codurilor exhaustive. Ele vor fi depăşite permanent de activitatea normativă inter- sau supranaţională.

8. Argumente şi caracteristici. Fiecare teorie privind relaţia dintre dreptul civil şi dreptul comercial şi-a cristalizat argumente şi demonstraţii proprii.

Teoria dualistă. În doctrina veche, de ascendenţă franceză, era invocată existenţa un diferenţe vizibile între „viaţa civilă" şi „viaţa comercială", diferenţă care trebuie să se reflecte în dualismul normativ *civil-comercial*[3]. Era susţinută nevoia unui drept mai adaptat schimbului comercial, mai tehnic şi deci ezoteric pentru particularii obişnuiţi, mai deschis influenţelor externe pentru a susţine schimburile internaţionale, aplecat spre „internaţionalizare" deci, fără rigiditatea unui drept pur naţional.

Existenţa unor caractere vizibile ale domeniului impuneau menţinerea unei dihotomii pentru a răspunde unor scopuri sociale diferite. Domeniului comercial îi

---

[1] Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul economic şi social şi Comitetul regiunilor, *O legislaţie europeană comună în materie de vânzare în vederea facilitării tranzacţiilor transfrontaliere în cadrul Pieţei unice*, Bruxelles, 1.10.2011, COM(2011) 636 final. A se vedea şi Lando & Beale (eds.), *Principles of European Contract Law* (Dordrecht 1995), Part 1, Performance, Non-performance and Remedies.

[2] Proiectul este deja demarat de *„Study Group on a European Civil Code"* – Universität Osnabrück, Germany (*http://www.sgecc.net*).

[3] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 30.

erau, în genere, recunoscute următoarele caracteristici: o mai mare libertate conferită părților (din punct de vedere al formalismului contractual, dar și al probațiunii în litigii), protecția încrederii, a bunei credințe, inclusiv a intereselor terților, dar și diligență sporită precum obligații de inspectare și reclamare a neconformităților în perioade scurte[1]. La acestea a fost adăugată nevoia de rapiditate și flexibilitate precum și determinismul și încrederea în mediul normativ[2].

Rapiditatea operațiunilor este esențială pentru domeniul comercial, dar nu poate avea aceeași importanță în cazul relațiilor dintre particulari. Recurgerea la credit și dezvoltarea acestuia este de obicei fără rezonanță și interes în raporturile dintre particulari. Acordarea aceloraşi facilitați de credit și pentru cei ce nu au statut de comercianți poate fi dezastruoasă pentru aceştia datorită lipsei de pregătire în domeniul afacerilor[3].

Autonomia dreptului privat este bineînțeles subliniată împreună cu toate avantajele sale de comentatorii sistemelor normative franceze și engleze, în special. Existența acestui stil de reglementare în țările respective cumulat cu experiența acumulată în aplicarea acestor norme furnizează toate argumentele deja prezentate. Separarea vieții civile de viața comercială pare să profite ambelor părți: profesioniștii se bucură de celeritatea și libertatea contractuală mai mare a normelor comerciale, iar neprofesioniști au garantat un nivel de protecție superior rezultat din formalismul conservat în dreptul civil. Coliziunea celor două domenii, împletirea celor două vieți complică puțin lucrurile. Sistemele comerciale declară contaminarea întregului raport juridic de comercialitate dacă una dintre părți este comerciant, pentru aplicarea unitară a legii. Poziția aparent dezavantajoasă a neprofesioniștilor în această situație este salvată de protecția personală acordată[4] (neprofesioniștii nu se transformă în profesioniști și nu dobândesc nicio obligație specifică), dar mai ales de sistemele uniforme din piața internă europeană de protecție a consumatorilor (care de regulă sunt neprofesioniști).

Unitatea dreptului privat. În favoarea unității legislative pledează simplificarea, înlăturarea criteriilor care își propun separarea domeniilor și în consecință tratarea unitară a raporturilor juridice.

Alături de aceste argumente generale unitatea dreptului privat șterge eticheta de drept al bunurilor imobile, al persoanelor, familiei și succesiunilor aplicată dreptului civil. În prezent patrimoniul particularilor nu mai este dominat de imobile, bunuri rezervate în mod tradițional pentru dreptul civil și excluse domeniului comercial. Importanța crescută a bunurilor mobile face ca dreptul civil să le acorde și lor o protecție adecvată, eliminând dificultatea istorică din vechiul drept comercial (din care imobilele erau în mod tradițional excluse).

Domeniul civil modern are tendința, prin înglobarea domeniului comercial tradițional, de a urma și de a asimila modelele comerciale, „molipsindu-se" de comercialitate. Operațiunile bancare, bursiere etc., nu mai sunt de mult apanajul exclusiv al

---

[1] *C.W. Canaris*, Handelsrecht, 24th ed., Beck, München, 2006, p. 6-7.

[2] *C.W. Canaris*, op. cit., p. 6-7.

[3] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 23-27.

[4] *St.D. Cărpenaru*, op. cit., p. 16. Autorul sistematizează toate argumentele care susțin sistemul autonomiei dreptului comercial.

comercianților. Nici creditul nu mai este un instrument exclusiv comercial cât timp toți particularii apelează la el în „viața civilă" tradițională.

Doctrina recunoaște în general faptul că unitatea dreptului privat este realizată în cea mai mare parte pe calea unei „comercializări" a dreptului civil[1]. Respectiv elementele caracteristice comerciale difuzează și contaminează masa normativă civilă până la momentul la care unitatea dreptului privat este ușor de acceptat.

Astfel, rapiditatea, celeritatea specifică raporturilor juridice comerciale este ușor de asimilat pentru întregul drept privat[2]. Teoria generală a obligațiilor și regimul bunurilor au oricum elemente comune în dreptul comercial și dreptul civil. Unificarea acestor domenii, cu un număr restrâns de excepții pentru profesioniști, este o realitate ușor de acceptat.

Lipsa unui drept comercial autonom (cu exemplele clasice: Italia, Elveția, Anglia, Statele Unite) poate fi ușor compensată cu „comercializarea dreptului civil". Mai mult, lipsa dreptului comercial autonom în toate aceste state nu înseamnă inexistența unei ramuri subordonate dreptului privat, de drept comercial. Astfel, chiar existența unui Cod unic (de exemplu, Codul civil italian, 1942) nu exclude existența în interiorul acestui Cod a unor dispoziții speciale privind comercianții (întreprinzătorii în acest caz).

Unitatea dreptului privat nu este realizată pe calea extincției dreptului comercial, ci pe calea comercializării dreptului civil și prin evidențierea punctuală de excepții acordate comercianților (profesioniști, întreprinzători, în funcție de soluțiile naționale diferite) în întreg corpul Codului civil unic.

Codificarea unitară nu înseamnă însă dispariția dreptului comercial. De exemplu, în urma codificării unitare și dreptul familiei și alte ramuri de drept privat se regăsesc acum normativ în interiorul Codului civil fără ca cineva să declame dispariția domeniului respectiv.

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 29. Autorii demontează argumentele care susțin unitatea dreptului privat: rapiditatea operațiunilor rămâne un domeniu al afacerilor economice, nu al particularilor; întărirea creditului nu interesează particularii care sunt interesați aproape exclusiv de creditul de consum; reglementarea unitară a dreptului privat nu înseamnă eliminarea dreptului comercial cât timp Codul unic va conține un regim derogatoriu permanent pentru profesioniști.

[2] *St.D. Cărpenaru*, op. cit., p. 18. Autorul sistematizează toate argumentele care susțin sistemul unității dreptului privat.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul III
Evoluția dreptului comercial din România

9. Reglementarea legală anterioară anului 2009. Dreptul privat român a stat o perioadă îndelungată sub influența codificărilor franceze de la începutul secolului XIX. Modificările importante operate de Codul civil (în vigoare din 2011) impun reașezarea conceptuală a domeniului și observarea locului prezent al dreptului comercial în sistemul normativ român. Evoluția istorică trebuie studiată pentru a fixa mai bine apariția și dezvoltarea noțiunilor de drept comercial.

Determinarea obiectului dreptului comercial este legată în primul rând de opțiunea legiuitorului pentru un anumit sistem de reprezentare normativă a activității economice.

În perioada modernă *Codul comercial* român a avut la bază sistemul obiectiv, de inspirație franceză (prin intermediului Codului comercial italian din 1882). Subsecvent acestei concepții (art. 3 C.com.) Codul fixa actele juridice, faptele și operațiunile considerate fapte de comerț obiective[1]. În privința acestora Codul comercial reprezintă legea aplicabilă, indiferent de calitatea persoanei care le săvârșea, persoană care nu devenea în mod automat (și nu era supusă înregistrării preliminare, subiective) comerciant.

Sistemul român avea mai degrabă un caracter mixt, fiindcă Codul comercial pornea de la o concepție obiectivă (definind faptele de comerț), dar continua cu o prezumție de comercialitate pentru toate faptele juridice ale comercianților, reglementare cu ascendență în sistemul subiectiv. În optica clasică de la acea vreme dreptul comercial era delimitat de normele juridice aplicabile raporturilor juridice izvorâte din săvârșirea actelor și faptelor

---

[1] Art. 3 C.com. (abrogat) prevedea: „Legea consideră ca fapte de comerț: 1) Cumpărările de produse sau de mărfuri spre a se revinde, fie în natură, fie după ce se vor fi lucrat sau pus în lucru, ori numai spre a se închiria; asemenea și cumpărarea spre a se revinde de obligațiuni ale statului sau alte titluri de credit circulând în comerț; 2) Vânzările de produse, vânzările și închirierile de mărfuri, în natură sau lucrate, și vânzările de obligațiuni ale statului sau de alte titluri de credit circulând în comerț, când vor fi fost cumpărate cu scop de revânzare sau închiriere; 3) Contractele de report asupra obligațiunilor de stat sau a altor titluri de credit circulând în comerț; 4) Cumpărările și vânzările de părți sau de acțiuni ale societăților comerciale; 5) Orice întreprinderi de furnituri; 6) Întreprinderile de spectacole publice; 7) Întreprinderile de comisioane, agenții și oficii de afaceri; 8) Întreprinderile de construcții; 9) Întreprinderile de fabrici, de manufactura și imprimerie; 10) Întreprinderile de Ed., librărie și obiecte de arta, când altul decât autorul sau artistul vinde; 11) Operațiunile de bancă și schimb; 12) Operațiunile de mijlocire (samsărie) în afaceri comerciale; 13) Întreprinderile de transporturi de persoane sau de lucruri pe apa sau pe uscat; 14) Cambiile și ordinele în producte sau mărfuri; 15) Construcțiunea, cumpărarea, vânzarea și revânzarea de tot felul de vase pentru navigarea interioara și exterioara și tot ce privește la echiparea, armarea și aprovizionarea unui vas; 16) Expedițiunile maritime, închirierile de vase, împrumuturile maritime și toate contractele privitoare la comerțul de mare și la navigație; 17) Asigurările terestre, chiar mutuale, în contra daunelor și asupra vieții; 18) Asigurările, chiar mutuale, contra riscurilor navigației; 19) Depozitele pentru cauza de comerț; 20) Depozitele în docuri și antrepozite, precum și toate operațiunile asupra recipiselor de depozit (*warrante*) și asupra scrisorilor de gaj, liberate de ele".

juridice definite de lege ca fapte de comerț, precum și raporturilor juridice la care participau persoane care aveau calitatea de comerciant[1].

Instituția juridică a faptelor de comerț reprezenta o primă noțiune fundamentală a dreptului comercial și o treaptă necesară pentru introducerea noțiunii de comerciant. Faptele de comerț și comercianții reprezentau baza instituțională a dreptului comercial.

Sistemul comercial român, cu ascendență în sistemul obiectiv de reglementare, avea nevoie de definirea faptelor de comerț pentru a putea purcede, în mod obiectiv, la determinarea comercianților. Tipic acestui sistem era dobândirea calității de comerciant independent de o exprimare de voință explicită sau îndeplinirea vreunei proceduri administrative anume.

Codul comercial stabilea calitatea de comerciant în mod diferențiat pentru persoanele fizice și persoanele juridice. Aveau calitatea de comercianți persoanele fizice care săvârșeau fapte de comerț ca profesiune obișnuită și societățile comerciale. Exprimarea Codului era una elocventă: „Sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită, și societățile comerciale" (art. 7 C.com.).

Sistemul român era în acest mod explicit: faptele de comerț puteau atrage dobândirea calității de comerciant după cum constituirea unei persoane juridice specializate în câmpul dreptului comercial (societățile comerciale ca specie dominantă) năștea în mod obiectiv un comerciant.

10. Reglementarea actuală. Anul 2009, prin legiferarea unui nou Cod civil, și mai ales anul 2011, odată cu legea de punere în aplicare și intrarea în vigoare a Codului civil, reprezintă momente importante ale evoluției normative românești. Adoptarea unor coduri noi reprezintă întreprinderi legislative remarcabile, iar atunci când înnoirea privește în mod programatic toate codurile în vigoare ne aflăm în fața unui proiect cu adevărat ambițios.

Abrogarea vechiului Cod comercial și reglementarea unitară a tuturor raporturilor juridice, indiferent de calitatea persoanei, a trădat din start opțiunea de politică normativă implementată: sistemul unitar, al renunțării la dihotomia drept civil/drept comercial. Codul civil din anul 2009 reglementează în mod unitar toate domeniile de drept privat.

Observăm incidența unor noțiuni noi, de profesionist și întreprindere care asigură construcția nouă comercială de drept intern. Evitarea chiar a cuvântului „comercial" este evidentă în tot Codul nou.

Pierderea autonomiei dreptului comercial nu înseamnă însă și dispariția sa. Codul civil obligă la reașezarea conceptuală a vechii științe juridice comerciale. În prezent, în mod indubitabil, dreptul comercial ca drept pozitiv nu mai poate reclama o poziție autonomă de dreptul privat, ci rămâne o ramură a acestuia, precum dreptul familiei, contractele, moștenirile etc.

Supraviețuirea domeniului comercial momentului intrării în vigoare a noului Cod civil este recunoscută în cvasitotalitate de doctrina de drept privat[2].

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 9; *I.N. Fințescu*, Curs de drept comercial, vol. I, București, 1929.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 19; *Gh. Piperea*, Drept comercial. Întreprinderea, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 7; *S. Angheni*, Dreptul comercial – între tradiție și modernism, în CJ nr. 9/2010, p. 483; *V. Nemeș*, op. cit., p. 3.

Capitolul IV
Izvoarele dreptului comercial

11. Izvoarele dreptului comercial urmează îndeaproape configurația recunoscută izvoarelor normative de drept privat. Noutatea indusă de Codul civil în vigoare este recunoașterea expresă a rolului de izvor normativ, pe lângă actele normative și uzanțelor și principiilor generale ale dreptului. Configurația clasică a izvoarelor normative a fost deci lărgită în acord cu dezvoltările mai vechi din doctrina de drept privat. Doctrina însăși, alături de practica judiciară comună au rămas în continuare în afara sferei izvoarelor normative[1] deși acestora li se recunosc calitatea de izvoare interpretative, de instrumente utile în interpretarea și aplicarea izvoarelor propriu-zise.

12. Tratatele Uniunii Europene. În calitate de stat membru al Uniunii Europene, România cunoaște un nivel normativ special reprezentat de legislația europeană primară (tratele de bază) și legislația europeană secundară (izvoarele normative emise de legiuitorul european: directive și regulamente). Tratatele Uniunii declară supremația dreptului european față de dreptul național astfel încât acest nivel normativ nu poate lipsi din izvoarele dreptului comercial[2].

Tratatul de bază al Uniunii a fost semnat la Roma pe 25 martie 1957 și a intrat vigoare la 1 ianuarie 1958 – „Tratatul de Roma" – acesta stabilind Comunitatea Economică Europeană (CEE). La aceeași dată a fost semnat și tratatul stabilind Comunitatea Europeană a Energiei Atomice (Euratom).

Acestea sunt primele tratate, punctele de plecare ale celor trei „comunități" (prima fiind Comunitatea Economică a Cărbunelui și Oțelului). În jurul acestor trei comunități inițiale, total separate ca reglementare și instituții, a prins contur opera legislativă și instituțională europeană.

Tratatul privind Uniunea Europeană a fost semnat la Maastricht pe 7 februarie 1992 și a intrat în vigoare pe 1 noiembrie 1993. A fost momentul când sintagma „Comunitatea Europeană" a înlocuit denumirea inițială de Comunitatea Economică Europeană. Acest tratat a instituit Uniunea Europeană și a modificat toate cele trei tratate de bază.

În liniile cele mai generale aceste ultime două acte reprezintă până în prezent baza și ultimul resort al funcționării instituțiilor europene: Tratatul de la Roma, respectiv Tratatul instituind Comunitatea Europeană (TCE) și Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE)[3].

Tratatul de la Lisabona (în vigoare din data de 1 decembrie 2009) a redesenat cele două texte fundamentale europene, rămânând două tratate de bază: Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE) și Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE).

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., p. 22-23.

[2] A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

[3] După Tratatul de la Nisa versiunile consolidate ale ambelor tratate au fost publicate în JOUE C 325 din 24 decembrie 2002.

13. Constituția României. Ca lege fundamentală a țării, Constituția reglementează principiile de organizare a activității economice cât și libertățile atrase de aceste libertăți.

În mod declarativ (art. 135 din Constituție) economia României este o economie de piață. Statul trebuie să asigure libertatea comerțului, protecția concurenței loiale, crearea cadrului favorabil pentru desfășurarea activităților economice permise.

Ca și pentru întreg dreptul privat, dreptul de proprietate privată este indispensabil activității economice. Trebuie în acest context subliniate dispozițiile constituționale prin care statul ocrotește proprietatea în cele două forme ale sale, proprietatea publică și proprietatea privată (art. 136) și garantează dreptul de proprietate, precum și creanțele asupra statului, în condițiile legii [art. 44 alin. (1) din Constituție].

14. Codul civil. Codificarea prezentă a dreptului civil este reprezentată de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil[1]. Modificări importante au fost aduse Codului prin chiar legea sa de punere în aplicare, Legea nr. 71/2011 (pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil)[2]. Prin această lege a fost abrogat vechiul Cod civil (1864) și Codul comercial (1887)[3].

Codul civil instituie sistemul unitar în dreptul privat prin aplicarea sa la „raporturile patrimoniale și cele nepatrimoniale dintre persoane"[4] precum și la „raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil"[5].

Din punct de vedere al tehnicii normative Codul este structurat pe cărți, titluri, capitole și articole. Cele șase cărți sunt: Cartea I (*Despre persoane*), Cartea a II-a (*Despre familie*), Cartea a III-a (*Despre bunuri*), Cartea a IV-a (*Despre moștenire și liberalități*), Cartea a V-a (*Despre obligații*), Cartea a VI-a (*Despre prescripția extinctivă, decăderea și calculul termenelor*), Cartea a VII-a (*Dispoziții de drept internațional privat*).

15. Legile speciale. Inexistența unui Cod comercial nu înseamnă lipsa izvoarelor normative speciale comerciale. Abrogarea Codului comercial influențează destul de puțin materiile speciale comerciale, deoarece activitatea de codificare în domeniul comercial fusese oricum abandonată în mod tacit. Instituții comerciale tradiționale, precum societățile (fostele societăți comerciale) și falimentul (insolvență în prezent) au fost reglementate în ultima decadă complet în afara unui codex comercial.

În acest mod rolul legilor comerciale speciale a crescut în mod vizibil, ele devenind principalele izvoare de drept comercial.

---

[1] Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, republicată în M.Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările ulterioare.

[2] Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011). Conform acestui act, Codul civil este în vigoare din data de 1.10.2011.

[3] Mai puțin o parte din reglementări privind regimul procesual probator care au supraviețuit doar până la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, 15.02.2013.

[4] Art. 2 alin. (1) C.civ.

[5] Art. 3 alin. (1) C.civ.

Domenii importante, tradiționale, de drept comercial, își găsesc o tratare exterioară Codului comercial abrogat: legea societăților[1] împreună cu legea privind ținerea registrului comerțului[2] și legea privind insolvența[3].

În afara Codului comercial se află și legislația privind titlurile comerciale de valoare[4].

Dincolo de aceste izvoare normative, proeminente, se pot identifica subdomenii de drept comercial cu reglementare proprie completă: dreptul pieței de capital[5], dreptul instituțiilor financiare bancare[6], dreptul asigurărilor, dreptul concurenței etc.

Alături de legile *stricto sensu* reținem și restul actelor normative din domeniu, respectiv ordonanțele (de exemplu, O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale), hotărârile de guvern, normele, regulamentele, instrucțiunile, ordinele, emise de autoritățile competente cu atribuții normative (de exemplu, Regulamentul nr. 1/2006 al Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare).

16. Uzanțele. Principiile generale ale dreptului. Izvoarele de drept nesancționate normativ au avut mult timp un loc contestat între izvoarele de drept comerciale, în pofida faptului că dreptul comercial a fost mult mai înclinat spre acceptarea aplicării unor obiceiuri sau conduite de afaceri larg răspândite în interiorul unei profesii.

Codul civil prezent include în mod declarat uzanțele printre izvoarele dreptului[7]. Codul civil realizează și o anumită ierarhizare a izvoarelor de drept, respectiv în materiile reglementate prin lege, uzanțele se aplică numai în măsura în care legea trimite în mod expres la acestea, iar în cazurile neprevăzute de lege se aplică uzanțele existente. În lipsa și a acestora devin aplicabile norme juridice prin analogie (dispozițiile legale privitoare la situații asemănătoare), iar în ultima instanță principiile generale ale dreptului[8].

În acest mod supremația legii nu este știrbită. Ea este doar întregită sau suplinită de uzanțe și în tăcerea totală a oricărui izvor de drept, de principiile generale ale dreptului.

Pentru corectitudine trebuie adăugat câmpul de incidență al analogiei legii așa cum este el fixat de Codul civil. Legile speciale, cele care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile

---

[1] Legea nr. 31/1990 – Legea societăților, republicată și modificată.

[2] Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată și modificată.

[3] O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (M.Of. nr. 620 din 4 octombrie 2013), în vigoare din 25.10.2013. Aceasta își propune să abroge Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

[4] Legea nr. 58/1934 asupra cambiei și biletului la ordin, cu modificările ulterioare.

[5] Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, modificată în principal prin O.U.G. nr. 32/2012.

[6] O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, cu modificările ulterioare.

[7] Art. 1 alin. (1) C.civ., așa cum a fost modificat prin art. 9 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Codului civil.

[8] Art. 1 alin. (2) și (3) C.civ.

se aplică numai în cazurile expres şi limitativ prevăzute de lege[1], excluzând deci analogia. În această situaţie devin aplicabile, în ultima instanţă, principiile generale ale dreptului[2].

În privinţa uzanţelor, Codul civil instituie aceleaşi condiţii ca pentru actele juridice particulare, respectiv doar conformitatea cu ordinea publică şi bunele moravuri le conferă calitatea de izvoare de drept.

În declaraţia legii uzanţele includ obiceiul (cutuma) şi uzurile profesionale[3], codificările sau culegerile de conduite acceptate în anumite domenii particulare. În dreptul comercial aceste uzuri profesionale au o importanţă sporită. Decantarea în timp a unor anumite conduite acceptate ca fiind bune practici într-un domeniu duce la formarea acestor uzuri profesionale.

În caz de dubiu în privinţa existenţei unor asemenea uzanţe partea interesată trebuie să facă dovada existenţei şi a conţinutului lor. Proba este uşurată în situaţia existenţei unor culegeri de uzanţe elaborate şi publicate de către entităţile sau organismele profesionale autorizate. În această situaţie legea prezumă (până la proba contrară) existenţa uzurilor.

17. Jurisprudenţa şi doctrina. Importanţa *jurisprudenţei* în dreptul privat cunoaşte un proces de afirmare continuă şi recunoaştere până la aşezarea ei lângă izvoarele normative clasice. Eforturile de unificare a interpretării dreptului şi aşezare a fenomenului juridic pe un fundament determinist au obligat la valorificarea unor soluţii judiciare în sistemul oficial al izvoarelor normative.

În mod tradiţional sistemele de drept romanic aşează judecătorul în raport direct doar cu legea în privinţa hotărârilor lui, excluzând raportarea obligatorie la jurisprudenţa de caz anterioară. Dreptul european a schimbat în mod semnificativ optica în privinţa aplicării sale inducând această direcţie nouă şi instanţelor naţionale. Respectiv jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii a dobândit un rol recunoscut şi obligatoriu în privinţa, strict, a dreptului european. De altfel multe dintre principiile importante ale dreptului european se află fixate exclusiv în jurisprudenţa Curţii, nu în tratatele (legislaţia primară) sau în actele normative (legislaţia derivată) ale Uniunii[4].

---

[1] Art. 1 alin. (2) şi (3), art. 10 C.civ.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 23. Principii recunoscute pentru activitatea comercială sunt: caracterul oneros al actelor juridice, curgerea dobânzilor pentru debitele datorate, interpretarea actelor în sensul favorizării circulaţiei mărfurilor etc.

[3] Art. 1 alin. (6) C.civ.

[4] Hotărârile importante ale Curţii au pus de fapt bazele unui drept european coerent. *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963), dosarul nr. 26/1962, a statuat principiul efectului direct al legislaţiei europene, respectiv faptul că dispoziţiile tratatelor (în speţă era vorba de art. 12 din Tratatul de la Roma – TCE, înlocuit în prezent cu art. 30 TFUE) erau capabile să creeze în mod direct drepturi care pot fi invocate şi valorificate de persoane fizice sau juridice în faţa instanţelor statelor membre. *Flaminio Costa v. ENEL* (1964]), ECR 585, dosarul nr. 6/1964, a statuat principiul supremaţiei dreptului european (comunitar la acea dată) asupra dreptului naţional. *Francovich v. Italy* (1990), dosarul nr. 6/1990, a impus instituţia răspunderii unui stat membru în faţa persoanelor de drept pentru prejudiciile cauzate acestora prin încălcarea dreptului comunitar de respectivul stat. De atunci

Din punctul de vedere al izvoarelor normative europene prezintă interes procedura hotărârilor preliminare ale Curții (art. 267 TFUE – fost art. 234 TCE). Instanțele naționale supun jurisdicției Curții de Justiție (UE) întrebări privind interpretarea dreptului european în special pentru a verifica conformitatea dreptului european cu acesta. Hotărârile Curții sunt obligatorii pentru instanța de trimitere, dar și pentru toate instanțele naționale în cazuri similare. În acest mod jurisprudența în materie a Curții trebuie așezată alături de normele pe care la interpretează, constituindu-se ea însăși în izvor normativ. Dacă adăugăm numărul mare de hotărâri preliminare putem realiza importanța jurisprudenței Curții în sistemul normativ european.

Legiuitorul român a încercat să adapteze în sistemul judiciar intern acest model european. Dispozițiile privind asigurarea unei judiciare unitare au fost tratate distinct pentru a sublinia integrarea acestei jurisprudențe în sistemul normativ național. Instituția mai veche a recursului în interesul legii a fost păstrată într-o formă apropiată vechii reglementări[1]. Această cale judiciară este condiționată de probarea existenței unei practici neuniformă rezultată din aplicarea contradictorie a normelor de drept[2]. Recursul în interesul legii este o cale de „reparație" a disfuncționalităților manifestate în aplicarea legii cu efecte obligatorii de la data publicării soluției în Monitorul Oficial, fără influență asupra cauzelor cu hotărâri divergente sesizate.

Separat de această cale posterioară soluțiilor definitive contradictorii legiuitorul instituie și o cale preventivă ce poate fi accesată în cazul unor chestiuni noi de drept, nesupuse unei pronunțări sau a unei hotărâri de uniformizare a Înaltei Curți. Procedura privește solicitarea unei hotărâri prealabile a Curții prin care sa se dea o rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizata. Această procedură este inspirată în mod transparent din procedura hotărârilor preliminare ale Curții de Justiție europene.

Sesizarea Înaltei Curți poate fi făcută în cursul judecării unei cauze de către un complet chiar al Înaltei Curți de Casație si Justiție, al curții de apel sau al tribunalului care judecă în ultimă instanță, iar efectul admiterii sesizării este suspendarea obligatorie a cauzei precum și suspendarea facultativă a cauzelor similare, aflate pe rolul instanțelor judecătorești[3].

Dezlegarea dată în acest mod asupra chestiunilor de drept este obligatorie pentru instanța care a solicitat dezlegarea precum și pentru celelalte instanțe (de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I).

Sistemul dezlegărilor prealabile a chestiunilor de drept pare unul generos și util uniformizării aplicării legii. În realitate acesta trebuie să treacă întâi testul practicii.

---

cetățenii europeni dispun de o acțiune în despăgubiri împotriva statului care încalcă o normă comunitară.

[1] Calitatea procesuală aparține procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație si Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, Colegiului de conducere al Înaltei Curți de Casație si Justiție, colegiilor de conducere ale curților de apel, precum și Avocatului Poporului (art. 514 C.proc.civ.).

[2] Recursul în interesul legii va fi inadmisibil dacă nu se face dovada că problemele de drept care formează obiectul judecații au fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești definitive, care trebuie anexate recursului (art. 515 C.proc.civ.).

[3] Art. 519 și 520 C.proc.civ.

Condiția sa de admisibilitate privește identificarea unei „chestiuni noi" asupra căreia Curtea să nu se fi pronunțat. Deja se întrevede o separare a competențelor Curții. De pe o parte activitatea judiciară ordinară, de instanță componentă a sistemului judiciar cu competențele stabilite de Codul de procedură, iar pe de altă parte de instanță de dezlegare a chestiunilor de drept. Dacă în prima ipostază nu se bucură de opozabilitatea efectelor hotărârilor sale, dezlegările oferite privind exclusiv părțile litigiului, în a doua ipostază are o poziție diferită, „creează drept", emite hotărâri preliminare obligatorii pentru celelalte instanțe judecătorești. Raportat la această distincție noutatea chestiunilor supuse controlului admisibilității procedurilor preliminare trebuie să se refere strict la a doua ipostază. Adică o chestiune de drept asupra căreia Înalta Curte nu s-a pronunțat prin hotărâre preliminară sau recurs în interesul legii rămâne noua chiar dacă Curtea a abordat-o în activitatea sa ordinară.

În forma prezentă de reglementare Înalta Curte capătă competențe distincte care îi situează jurisprudența circumscrisă acestor competențe în sfera izvoarelor normative. Astfel de hotărâri ale sale au aceeași forță normativă ca și legea și este de așteptat ca Înalta Curte să-și exercite rolul creator normativ așa cum și Curtea de Justiție a Uniunii Europene a făcut-o în interiorul dreptului comunitar (european în prezent).

Doctrina juridică și-a păstrat poziția sa exterioară sistemului izvoarelor dreptului privat. Asta nu înseamnă că rolul ei este negat de știința juridică. Doctrina a jucat tot timpul rolul unui izvor de idei și soluții normative din care legiuitorul a ales ceea ce a considerat că se potrivește politicii sale normative. De aceea nu are de cum să mire faptul că multe reglementări prezente reiau propuneri și proiecte produse în spațiul lucrărilor juridice de valoare. Critica soluțiilor normative a indicat legiuitorului modului de intervenție în actele normative astfel încât finalitatea reglementării să fie atinsă în mod coerent și unitar. La rândul lor actele jurisdicționale au explorat mereu explicațiile și dezvoltările doctrinare pentru fundamentarea modului de aplicare a normei la un raport juridic particular. Evident lucrările științifice din domeniu nu au valoare obligatorie. Nu au forță juridică intrinsecă. Dar au greutatea renumelui celui ce le propune lumii științifice juridice.

BCU IASI / CENTRU DE DREPT PRIVAT

Capitolul V
Ştiinţa dreptului comercial român

18. Elemente preliminare. În lumina celor arătate şi a situaţiei prezente a izvoarelor normative ne revine sarcina de a trasa obiectul de studiu al noului drept comercial şi de a extrage caracteristicile acestei ştiinţe. Diferenţele de abordare a noului drept comercial fac ca ştiinţa dreptului comercial să cunoască denumiri şi delimitări diferite în doctrină. Conceptele introduse de dreptul comercial trebuie să constituie punctul de plecare în coagularea unor viziuni convergente.

Codul civil foloseşte noţiuni precum aceea de profesionist (care în mod declarat înglobează noţiunea de *comerciant* şi încearcă să o facă uitată), întreprindere şi activităţi „profesionale", respectiv activităţi de producţie, comerţ sau prestări de servicii. Pentru uşurinţa discursului vom substitui acestei sintagme greu de mânuit din perspectiva numărului mare de cuvinte formularea mai succintă de activităţi economice (profesionale), cu precizarea prealabilă că ea ne aparţine, textul Codului civil ezitând să o folosească ca atare.

Profesionistul din concepţia Codului civil se poate situa din punct de vedere teleologic în două situaţii diferite: poate urmări sau nu obţinerea de profit. Forma finală a Codului a înlocuit sintagma de profit cu noţiunea considerată mai încăpătoare de scop lucrativ.

În funcţie de acest scop putem trasa limitele noi ale dreptului comercial. Respectiv dreptul comercial este o parte a dreptului civil cuprinzând normele juridice care reglementează activitatea profesioniştilor care exploatează o întreprindere în scop lucrativ (în scopul obţinerii de profit).

Noţiunea de *întreprindere cu scop lucrativ*, ca instituţie fundamentală a noului Cod comercial rămâne a fi analizată în mod distinct. Nici aceasta nu poate delimita deci în mod apodictic graniţele dreptului comercial fiindcă suferă de aceeaşi generalitate: include forme de organizare nediferenţiate după finalitatea lucrativă sau nelucrativă. În mod indubitabil noţiunile de *întreprindere* şi *profesionist* au fost proiectate pentru dreptul privat în general astfel încât genurile în sine nu pot fi noţiuni specifice de drept comercial. Acest lucru este neplăcut pentru ştiinţa dreptului comercial însă face parte din concepţia declarat integratoare adoptată de legiuitor în privinţa dreptului privat. Alternativa pentru ştiinţa dreptului comercial ar fi să adopte conceptele în totalitate însă o asemenea abordare ar încălca un adevărat tabu al tradiţiei comerciale: caracterul esenţial lucrativ al domeniului, finalitatea patrimonială a oricărei operaţiuni organizate în domeniu. Înlocuirea unui trident conceptual imanent comercialităţii (acte de comerţ, comerciant, societate comercială) cu un set nou (întreprindere, profesionist, societate) propriu întregului drept civil poate nemulţumi doctrina comercială. Dar reflectă în mod clar poziţia actuală a dreptului comercial: aceea de drept civil special, parte integrantă a acestuia. Conceptele noi rămân în mod esenţial concepte de drept civil consfinţind unitatea dreptului privat. Concentrarea ştiinţei dreptului comercial pe aceste concepte noi este una firească şi aşteptată aşa cum ar fi de aşteptat ca şi dreptul civil să-si

revendice conceptele noi în studiul său fiindcă fără o abordare generală substanța lor nu va fi epuizată de dreptul comercial.

Specia „comercială" de întreprindere înglobează întreprinderile individuale (persoane fizice, întreprinderi individuale etc.) cât și „întreprinderile colective", respectiv formele de organizare bazate pe contractul de societate. În această formă colectivă vom diferenția societățile ca formă superioară de organizare a activității economice.

19. Domeniul comercial. Știința dreptului comercial va purcede la studierea obiectul său de studiu delimitat si va identifica instituțiile juridice care pot fi grupate din punct de vedere normativ în noul drept comercial.

Într-o accepțiune largă *dreptul comercial cuprinde normele juridice care reglementează producerea și circulația (distribuția) mărfurilor, executarea de lucrări și prestarea de servicii*[1]. Această delimitare pleacă de la conținutul economic al domeniului, de la activitățile economice care ne sunt indicate în prezent ca obiect al activității comerciale. O abordare mai aproape de spiritul Codului prezent (civil) este aceea care reține conceptele noi pe care se sprijină această reglementare.

Dreptul comercial este o parte a dreptului privat care cuprinde normele juridice aplicabile raporturilor juridice la care participă profesioniștii care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ, inclusiv întreprinderile cu scop lucrativ organizate sunt forma unor societăți.

Din perspectiva Codului civil definiția formulată poate fi considerată redundantă față de indicarea separată a societăților (acestea având scop lucrativ), dar noțiunea de *întreprindere* nu cunoaște clasificări în cod, iar „întreprinderile colective" cu atât mai puțin.

Legiuitorul reglementează noțiunea de *societate*[2] în legătură directă doar cu contractul de societate, fără nicio referire la întreprindere, astfel încât revine doctrinei misiunea să facă legătura între cele două noțiuni.

20. Denumirea științei dreptului comercial. Științele juridice își justifică existența prin delimitarea unui domeniu de drept pozitiv pe care și-l asumă pentru studiu. În mod obiectiv acest domeniu normativ există datorită nevoii sociale de a reglementa o colecție de raporturi juridice. Această ultimă realitate socială, activitatea comercială, a rămas neschimbată de la momentul apariției noului Cod civil: societăți, proceduri de insolvență etc. Acest adevăr face superfluă verificarea existenței unei drept comercial. Obiectul ei există, așa că dispariția științei nu are nicio justificare logică.

Privind spre sistemul unitar al dreptului privat înțelegem și caracterul vast al acestei creații normative. Este greu ca o singură știință juridică unitară să revendice întreg acest domeniu în mod unic. Studiul subdomeniilor de drept civil nu atentează în mod automat la unitatea propusă de noul cod. După cum nici diviziunile operate pentru scopuri didactice nu legitimează domenii juridice distincte. În curriculum-urile univer-

---

[1] *Y. Guyon* definea dreptul afacerilor ca fiind acea ramură de drept privat care prin derogare de la dreptul civil reglementează într-o manieră specifică activitățile de producție, distribuire și servicii. *Y. Guyon*, op. cit., p. 2.

[2] Art. 1888 C.civ. indica formele de societate, incluzând alături de societatea simpla societatea în participațiune, societățile comerciale și societățile cooperative.

sitare sunt de imaginat diviziuni distincte de drept civil: Drept civil. Persoanele, Dreptul familiei, Contracte (Obligații), Drepturi reale, dar și Societăți, Insolvența, Titluri de valoare, Transporturi, Piața de capital, Bănci și Asigurări etc. Unitatea domeniului comercial este dată de afinitățile dintre diviziunile dreptului civil regrupate în prezent în jurul conceptelor de profesionist și societate cu finalitate lucrativă.

Redesenarea domeniului dreptului comercial prin tabla de materii aferentă este o opțiune a specialiștilor, fără a pune sub semnul întrebării existența domeniului comercial.

Regruparea subdomeniilor comerciale și crearea unor ramuri distincte precum dreptul afacerilor, drept economic și social etc., va fi tot o opțiune a doctrinei[1].

În toate situațiile ostracizarea dreptului comercial și a științei domeniului comercial, doar fiindcă a fost abandonat sistemul autonomiei dreptului comercial, nu are niciun fundament practic sau normativ.

Nu e mai puțin adevărat că declinul dreptului comercial a fost profețit chiar din interiorul unui sistem normativ al autonomiei dreptului comercial, dreptul francez. Distincția dintre profesioniști și consumători va prevala față noțiunea de *comerciant*, iar dreptul comercial, un vestigiu al trecutului, va fi înlocuit cu un drept afacerilor sau un drept al activităților economice. Chiar și autorul respectiv considera că aceste domenii vor fi mai vaste, dar nu semnificativ diferite de vechiul drept comercial[2].

21. Caracterele dreptului comercial. Dreptul comercial, ramură a dreptului privat. Unitatea dreptului privat. Noua configurație a dreptului privat obligă la scrutarea atentă a Codului civil pentru cristalizarea caracterelor dreptului comercial.

Dorința de tratare uniformă a dreptului privat de către legiuitor prin Codul civil este manifestă. Tezele privind noul Cod civil vorbeau de imperativul adoptării unui nou Cod în vederea necesității unificării normelor care guvernează raporturile de drept privat[3].

Din momentul începerii procesului de legiferare, legiuitorul a urmărit o concepție monistă[4] de reglementare a raporturilor de drept privat, un singur act normativ, Codul civil, urmând să încorporeze totalitatea reglementărilor privitoare la persoane, relațiile de familie și relațiile comerciale[5].

Având în vedere aceste deziderate (atinse totuși numai în parte de Codul civil) trebuie admisă fără nicio obiecțiune unitatea dreptului privat, de fapt unitatea dreptului civil. În aceste condiții dreptul comercial rămâne o diviziune a dreptului civil, pierzând statutul de ramură independentă de drept care concură cu dreptul civil. În mod declarat Codul civil își propune să înlăture dualismul raporturilor juridice civile/comerciale fiind consacrate doar diferențieri în funcție de calitatea de

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 28.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., p. 1034.

[3] Hotărârea nr. 277/2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege – Codul civil (M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009).

[4] Expunerea de motive la Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, pct. 1.2.

[5] Hotărârea nr. 277/2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege – Codul civil.

profesionist sau neprofesionist a celor implicați în raportul juridic obligațional[1]. Practic concepția monistă declarată de Cod nu este una completă fiindcă un dualism, civil/comercial, este înlocuit cu altul, profesionist/ne-profesionist fără însă ca această dihotomie să reprezinte cu adevărat linia de demarcație dintre două domenii juridice autonome.

Respectând dorința legiuitorului trebuie să admitem caracterul monist al dreptului privat și locul dreptului comercial integrat în acest sistem, fără autonomie față de dreptul civil. Subordonarea față de dreptul civil a dreptului comercial și poziționarea acestuia ca ramură a dreptului civil este tot o concluzie extrasă din poziția declarată a legiuitorului.

Unitatea dreptului privat nu reprezintă o temă nouă pentru doctrina comercială. Dintotdeauna această idee a preocupat cercetătorii dreptului, iar concluziile au fost diferite[2]. Ar fi o greșeală să credem că doctrina de drept privat a pledat *pro domo*, respectiv specialiștii de drept comercial pentru autonomia dreptului comercial, iar restul lumii pentru unitatea dreptului privat. În realitate foarte mulți specialiști de drept comercial au admis lipsa caracterului obiectiv al dihotomiei civil/comercial, justificând diviziunea pe considerente istorice, nu logice sau funcționale[3].

De altfel unitatea dreptului privat nu a fost privită de nimeni dintre specialiști ca o dispariție a dreptului comercial, ci ca o reașezare normativă care să simplifice aplicarea legislativă prin eliminarea unor criterii de segregare greu de aplicat. Regimul actelor și faptelor de comerț obiective (fixate normativ „nelimitativ"), regimul actelor de comerț mixte (comercialitatea pentru o parte atrăgând incidența generală a legii comerciale), statutul comercianților înșiși (care în sistemul comercial obiectiv depind de aprecieri de fapt, în privința „profesiunii obișnuite" exercitate), regimul imobilelor (care au fost introduse în dreptul comercial doar pe calea unei figuri pretoriene discutabile, respectiv prin includerea lor în fondul de comerț) toate aceste teme făceau din dreptul comercial clasic o materie prea abstractă pentru scopurile pragmatice comerciale. Unificarea regimului juridic în toate aceste cazuri nu poate decât să fie salutată.

Realizarea unității este declarată din titlul preliminar al Codului civil. Astfel, Codul reglementează în mod declarat toate raporturile patrimoniale și nepatrimoniale dintre persoanele de drept[4], incluzând aici raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil[5]. În acest mod este tranșată situația anterioară a „actelor de comerț mixte" care erau comerciale pentru o

---

[1] Expunerea de motive la Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, pct. 1.2.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. I, Restitutio, Ed. All Beck, București, 2002, p. 39, 65-79. Vorbind despre soluția monistă aleasă de Codul italian autorul spunea că „(...) a concentrat într-o lege unică norme de natură diferită însă a făcut să trăiască mai departe, deși conviețuind în același corp de lege, dreptul comercial, ca drept aparte", *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, op. cit., p. 14-16 etc.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., p. 12. Referindu-se la sistemul dualist francez, autorul admite că situația dreptului francez nu decurge dintr-o logică „apriorică". El este mai degrabă rezultatul evoluției istorice.

[4] Art. 2 alin. (1) C.civ.

[5] Art. 3 alin. (1) C.civ.

parte şi civile pentru cealaltă parte, dar erau supuse, prin efectul legii, în întregime legii comerciale. Soluția veche era aceea a extinderii aplicării legii comerciale asupra întregului raport juridic[1]. Unitatea dreptului privat aduce în prezent incidența unei singure legi pentru toate raporturile juridice de drept civil: legea civilă. Din această perspectivă dreptul comercial rămâne doar o ramură a acestui domeniu, fără a-i mai putea contesta unicitatea şi generalitatea.

22. Dreptul comercial, domeniul activităților economice realizate cu scop lucrativ. Identitatea dreptului nou comercial în interiorul dreptului civil nu poate fi stabilită de limitele noii noțiuni de profesionist, deoarece câmpul de acțiune al acestuia include atât activități cu finalitate lucrativă cât şi nelucrativă. În mod profan, activitățile profesionale induc un scop lucrativ pentru profesionist. În accepțiunea legii însă aceste activități nu asigură un astfel de determinism, scopul putând fi şi nelucrativ. Repetăm că activitățile profesionale reprezintă activități de producție, comerț şi prestări de servicii. Respectăm dorința legiuitorul de a nu mai folosi sintagma de acte de comerț, nici chiar de activități comerciale datorită încărcăturii semantice conferite acestor noțiuni de vechea reglementare comercială. Nici noțiunile de *întreprindere* sau *societate* nu au vocația de a delimita dreptul comercial. Ultima noțiune cu încărcătură comercială, societatea comercială, a fost redenumită de legiuitor pentru eliminarea totală din vocabularul juridic normativ a sintagmei comerciale. Dreptul comercial este nevoit să identifice o specie de profesionist şi întreprindere care evoluează în domeniul activităților economice, lucrative. Această specie, nesancționată normativ, va sta la baza delimitării noului drept comercial şi ține de imanentul domeniului comercial.

Oricum, reținând caracterul „lucrativ" al noului drept comercial ne situăm pe limite mai largi decât vechea reglementare care se delimitase de profesiile liberale, de activitățile de învățământ şi activitățile agricole. Folosirea acestei caracteristici definește şi delimitează dreptul comercial.

23. Principiile dreptului civil, principii de generală aplicare în dreptul comercial. Comercializarea dreptului civil. În toată istoria, autonomă sau nu, a dreptului comercial, a fost observată influențarea reciprocă dintre dreptul civil şi dreptul comercial.

Comercializarea dreptului civil se manifestă prin eliminarea formalităților greoaie, instituirea unei colaborări şi a încrederii între părțile contractuale, protejarea drepturilor terților (co-contractanți de bună-credință etc.). În particular se manifestă prin accesul „civil" la toate instrumentele obligaționale considerate, în general, ca apanaj la comercianților precum: contractele de intermediere, comision, consignație, specii de vânzare-cumpărare etc.

Pe de altă parte, influența civilă asupra dreptului comercial implică un standard moral mai ridicat (decât goana speculativă, comercială, pentru profit), extinderea bunurilor participante la circuitul comercial etc.

---

[1] Art. 56 C.com. (abrogat).

În prezent unificarea dreptului privat este realizată cu prețul evident al „comercializării" dreptului civil. Eliminarea criteriilor de segregare între cele două ramuri nu este însoțită de renunțarea la regulile considerate ca rezervate exclusiv dreptului comercial precum: solidaritatea co-debitorilor, exigibilitatea automată a creanțelor la scadență, regimul probator etc. Reținerea tuturor acestor reguli în dreptul civil (chiar dacă cu accent pe activitatea profesioniștilor) subliniază impactul dreptului comercial asupra dreptului civil. „Contopirea" dreptului comercial în dreptul privat nu putea să nu modifice vizibil omogenitatea noului compus.

Separând, în prezent, o ramură comercială din materia civilă, este de așteptat influența crescândă a dreptului civil asupra acestei ramuri. Principiile dreptului civil devin în prezent principii intrinseci ale dreptului comercial.

Importanța principiilor este subliniată prin recunoașterea lor ca izvoare de drept exprese (subsecvente ce-i drept, în condițiile legii). Chiar domeniul de aplicare a Codului civil este stabilit într-un mod cât mai larg posibil, dincolo de litera sa[1].

În privința principiilor explicite, tot doctrinei îi revine rolul de a le extrage din contextul normativ și de a le decanta în concordanță cu aceasta[2].

24. Limitele dreptului comercial. Științele juridice, științe obiective. Știința dreptului comercial este încă în căutarea delimitării obiectului său în noul context normativ. În principiu fiecare cercetător al dreptului este liber să-și aleagă propriul corp normativ extras din sistemul legislativ și să-l identifice cu propriul domeniu de interes. Inclusiv să-l denumească. Doctrina a cunoscut și în trecut redimensionări ale obiectului de studiu sub denumiri ca *dreptul afacerilor*[3], *drept comercial*, *drept economic* etc.

S-a conturat deja ideea că dreptul afacerilor este un domeniu mai larg decât dreptul comercial care trebuie să includă și domenii conexe întreprinderii precum dreptul concurenței, dreptul proprietății intelectuale, drept fiscal și o parte din dreptul public orientat spre materia întreprinderilor (contencios, achiziții).

Dreptul economic și social ar trebuie să includă în domeniul său latura socială și raporturile juridice de muncă (cu modificările prezente), participarea salariaților la administrarea întreprinderilor etc.

O variantă posibilă este *dreptul întreprinderilor* care s-ar plia pe noțiunea nouă de întreprindere, incluzând și activitățile nelucrative, cu scopuri care exced materiei comerciale. O alternativă la acest drept ar fi *dreptul profesioniștilor*, varianta probabil cel mai aproape de dorințele legiuitorului, dar cel mai departe de preferințele cercetătorilor care se feresc de noțiunile profane și construcțiile lipsite de orice

---

[1] Art. 2 alin. (2) C.civ. Prezentul Cod este alcătuit dintr-un ansamblu de reguli care constituie dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale. Modelul este Codul civil Québec: „The civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it" (versiunea în limba engleză).

[2] A se vedea *Gh. Beleiu*, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, Ed. Casa de Editură și Presă „Șansa" SRL, București, 1998, p. 36.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., p. 3.

tradiție juridică chiar dacă în prezent se bucură de consacrare normativă. Această alternativă este însă greu de integrat în imaginea mai largă, europeană. Referirea la un drept al profesioniștilor induce pe plan extern mai mult ideea unor activități organizate sub forma profesiilor autorizate, fără vocația de a se referi la raporturile juridice comerciale reglementate de dreptul european primar și derivat (directive și regulamente). Această variantă este greu asimilabilă de dreptul european.

25. Știința noului drept comercial. Dreptul comercial poate să-și continue tradiția juridică prin redimensionarea corespunzătoare a domeniului său de studiu în cadrul dreptului civil. Dreptul comercial clasic păstrează aproape neatinse de noutățile normative domenii precum dreptul societăților (având ca izvoare Legea societăților, Legea privind registrul comerțului, dar și reglementările europene, în principal regulamentele privind *Societas Europaea*), dreptul insolvenței (normele privind insolvența, inclusiv insolvența transfrontalieră, concordatul preventiv etc. toate cuprinse în Codul insolvenței), titlurile comerciale de valoare (cambia, biletul la ordin și cecul). La acestea se adaugă domeniile speciale comerciale precum piața de capital (dreptul pieței de capital), instituțiile de credit (drept bancar), asigurări (dreptul asigurărilor), concurența (dreptul concurenței), consum (dreptul consumului). Toate aceste domenii speciale își păstrează relativa independență, rămân ramuri comerciale speciale (sunt greu de numit domenii civile speciale) și sunt greu de integrat în ramura dreptului comercial comun care ar deveni mult prea extins pentru studiu.

Toate cele spuse conturează deja un domeniu comercial nou: fundamentele conceptuale ale noii ramuri comerciale (profesionist, întreprindere), domeniul societar, titluri de valoare și domeniul insolvenței. Obligațiile comerciale sunt cele mai afectate de unificarea dreptului privat. Contractele, chiar dacă unele sunt puternic „profesionale" rămân adoptate în integralitate de materia specială civilă pentru a păstra spiritul noului Cod civil: un singur izvor juridic pentru toate raporturile juridice dintre subiectele de drept. Acest domeniu va asigura de altfel unitatea necesară a dreptului privat fiindcă domeniile comerciale vor fi nevoite să se raporteze la contracte „civile" folosite de profesioniști: contractul de societate (pentru dreptul societar), contractul de împrumut (dreptul bancar), contractul de asigurare (dreptul asigurărilor), contractul de mandat și comision (dreptul pieței de capital) și bineînțeles contratul de vânzare-cumpărare care rămâne baza oricărei activități „comerciale".

Opțiunea noastră este pentru o știință a dreptului comercial care să includă tabla de materii arătată. Apreciem însă că orice știință, pentru a ajunge la recunoașterea acestui statut, trebuie să se „obiectivizeze", să se desprindă de alegerea unui cercetător anume, să fie îmbrățișata de un număr suficient de aderenți, să capete o recunoaștere largă. Din această perspectivă știința nouă a dreptului comercial are de așteptat testul viitorului apropiat. Știința nu poate fi apanajul cercetătorilor individuali.

Alegând vechea formă și denumire a științei dreptului comercial nu dăm dovadă de nostalgie sau neadaptare la nou. O știință nu face obiectul nașterii sau extincție pe cale de legiferare. Ea subzistă atât timp cât obiectul ei subzistă. Doctrina a depășit perioada de reflexie impusă de noutatea normativă și eliminarea cu obstinație a termenului comercial. Dreptul comercial în sine și-a dovedit rezistența de această dată. Dacă viitorul și acumulările doctrinei vor trasa un drum diferit pentru domeniul

nostru decât cel pe care s-a înscris în prezent, de drept comercial ne rezervăm dreptul de a ne reconsidera poziția, inclusiv de a experimenta alternativa mai veche, dar de actualitate, oferită de doctrină dreptului comercial: cea a dreptului afacerilor. Fiindcă consecvența trebuie să evite să facă pasul final către îndărătnicie când centrul de greutate al convingerilor s-a deplasat în altă direcție doctrinară. Și fiindcă, așa cum spunea M. Eliade, doar îngerii și nebunii sunt consecvenți[1].

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Raporturile juridice comerciale sunt, prin vocația lor de valorificare a oportunităților economice, transfrontaliere și în consecință susceptibile de derulare în sisteme normative diferite. Începuturile istorice ale dreptului comercial au relevat îngustimea sistemelor de drept civil, pline de particularități naționale și formalism excesiv și greutățile induse în schimbul de mărfuri. Schimburile internaționale s-au bazat mai mult pe un concept de *ius gentium* decât pe dreptul civil, pentru ca în Evul Mediu să se vorbească de un drept al negustorilor, *lex mercatoria*. Mai recent, construcția europeană a trecut la conceptul de *piață internă* referindu-se la spațiul economic unic al țărilor membre.

În acest context transfrontalier sistemul normativ ales de legiuitorul român se integrează în mod facil în imaginea mai amplă a comerțului transfrontalier?

Economia națională, ca parte a pieței interne europene, este susținută de sistemul comercial ales și este ușor accesibilă pentru actorii din restul pieței europene?

2. Uzanțele ocupă un loc aparte în dreptul comercial. Existența lor a fost intens discutată, dar niciodată contestată în raporturile juridice dintre profesioniști. Accederea către calitatea de izvor de drept este una rezultată dintr-un lung proces de dezbatere și decantare doctrinară. Uzanțele sunt definite ca incluzând cutuma și uzurile profesionale. Obiceiul (cutuma) are în mod evident un domeniu mai larg de aplicare: întreg dreptul privat. Termenul este de altfel reiterat în mai multe domenii strict civile. Uzanțele, la rândul lor, sunt intens folosite de legiuitor în cuprinsul Codului civil.

Codul civil abrogat dispunea despre convenții că *obliga nu numai la ceea ce este expres într-însele, dar la toate urmările, ce echitatea, obiceiul sau legea da obligației, după natura sa* (art. 970).

Codul civil în vigoare dispune (art. 1272): *Contractul valabil încheiat obliga nu numai la ceea ce este expres stipulat, dar si la toate urmările pe care practicile statornicite intre părți, uzanțele, legea sau echitatea le dau contractului, după natura lui.*

Uzurile profesionale, izvoare de drept proprii dreptului comercial, obligă doar profesioniștii sau și restul persoanelor?Ce reprezentări ale uzurilor întâlnim în interiorul sistemului nostru normativ?

[1] *M. Eliade*, Solilocvii, Ed. Humanitas, București, 2008.

3. Ştiinţa dreptului comercial este în căutarea unei identităţi proprii pornind de la denumire şi până la identificarea exactă a domeniului de studiu. Dreptul profesioniştilor, dreptul afacerilor, dreptul societar, dreptul insolvenţei, dreptul financiar bancar, al pieţei de capital şi al asigurărilor sunt propuneri pentru întreg domeniul sau doar pentru părţi din acesta.

Care ar putea fi cea mai bună identificare a ştiinţei care se ocupă cu observarea juridică a activităţii profesioniştilor ce desfăşoară activităţi cu scop lucrativ?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Sistemul unitar al dreptului privat. Caracteristici şi avantaje.
2. Sistemul autonomiei dreptului comercial. Caracteristici şi critică.
3. Sistemul juridic al Codului civil în vigoare.
4. „Comercializarea" dreptului civil.
5. Ştiinţa dreptului comercial.
6. Trăsăturile dreptului comercial modern.
7. Izvoarele de drept comercial. Izvoare europene. Constituţia. Legile.
8. Izvoarele dreptului comercial. Uzanţele. Principiile generale ale dreptului.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Dreptul comercial este parte a dreptului:
a) public;
b) privat;
c) european.

2. Codul civil reglementează:
a) raporturile juridice dintre orice persoane de drept;
b) raporturile juridice dintre neprofesionişti;
c) doar raporturile juridice dintre particulari.

3. Dreptul comercial prezent are printre izvoarele de drept:
a) Codul civil;
b) Constituţia României;
c) uzanţele.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie specifică

Angheni, S., Dreptul comercial – între tradiție și modernism, în CJ nr. 9/2010.

Cărpenaru, St.D., Dreptul comercial în condițiile noului Cod civil, în CJ nr. 10/2010.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

de Juglart, M., Ippolito, B., Cours de droit commercial, vol. I, 11e éd., Montchrestien, Paris, 1995.

Gavalda, C., Parleani, G., Droit des affaires de l'Union Européenne, 6e éd., Lexis Nexis/Litec, 2010.

Georgescu, I.L., Drept comercial român, vol. I, Restitutio, Ed. All Beck, București, 2002.

Gheorghe, C., Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010.

Guyon, Y., Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), Economica, Paris, 2003.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL II
Profesionistul şi întreprinderea în dreptul comercial

Cuprins

Capitolul I. Noţiunile noului drept comercial
Capitolul II. Profesionistul
Capitolul III. Întreprinderea
Capitolul IV. Întreprinderi economice individuale şi colective
Capitolul V. Dobândirea calităţii de profesionist
Capitolul VI. Condiţiile de exercitare a activităţilor economice
Capitolul VII. Obligaţiile profesioniştilor comercianţi
Teme de dezbatere şi teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Noțiunile noului drept comercial

26. Reglementarea Codului comercial (abrogat). Instituțiile juridice folosite în sistemul vechiului drept comercial erau cele ale faptelor de comerț și, derivat din aceasta, noțiunea de *comerciant*. Faptele de comerț, comercianții și societatea comercială alcătuiau un trident instituțional pe care era construit dreptul comercial. Sistemul comercial român, un sistem obiectiv de reglementare, pornea de la definirea faptelor de comerț pentru a putea ajunge, în mod obiectiv, la definirea comercianților. Dobândirea calității de comerciant rămânea independentă de o exprimare de voință explicită sau îndeplinirea vreunei proceduri administrative anume. Codul comercial stabilea calitatea de comerciant în mod diferențiat pentru persoanele fizice și persoanele juridice. Aveau calitatea de comercianți persoanele fizice care săvârșeau fapte de comerț ca o profesiune obișnuită și societățile (comerciale): „sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită, și societățile comerciale" (art. 7 C.com.). Sistemul comercial român era construit pornind de la noțiunea de *faptă de comerț obiectivă*: acestea puteau atrage dobândirea calității de comerciant, după cum constituirea unei persoane juridice specializate în câmpul dreptului comercial (societățile comerciale ca specie dominantă) năștea în mod obiectiv un comerciant. Subsecvent dobândirii calității de comerciant activitatea acestei persoane era prezumată ca fiind sub incidența legii comerciale (prezumția de comercialitate), intrând în conținutul noțiunii de acte de comerț subiective. Alături de aceste acte de comerț, obiective și subiective, și independent de criteriile folosite pentru identificarea lor, vechiul Cod comercial definea și actele de comerț unilaterale, sau mixte, una din noțiunile cele mai criticate din vechea doctrină comercială. Raporturile juridice comerciale pentru o parte și civile pentru cealaltă erau asimilate, așa zisele raporturi mixte, erau supus în întregime legii comerciale.

Existența unei demarcații între domeniile civil și comercial era consfințită de instituirea unei jurisdicții speciale, comerciale.

27. Noua terminologie comercială. Codul civil apelează la un termen fără rezonanță juridică, la un cuvânt „profan" pentru a delimita o categorie aparte dintre raporturile juridice reglementate. Noțiunea de *profesionist* nu are un istoric juridic și nici măcar un ascendent în sursele de inspirație declarate ale Codului civil[1].

În delimitarea noțiunii de profesionist Codul civil ajunge la noțiunea de *întreprindere*, care (ca și în Codul italian) nu are o definire directă. În mod evident legiuitorul a ocolit noțiunea de *întreprinzător* (folosită în codurile din care s-a inspirat) datorită

[1] Codul civil italian folosește noțiunea de *întreprinzător* (și derivat de aici noțiunea de *întreprindere*). Codul civil Québec folosește tot noțiunea de *întreprindere*. Stilul italian de reglementare era preferabil: *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 19.

BCU Cluj / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

unui câmp semantic al acestei noţiuni deja bine grănițuit în domeniul juridic intern. Probabil legiuitorul a preferat un cuvânt profan pe care să-l înnobileze juridic decât să opereze redimensionări semantice pentru o noţiune mai cunoscută.

Ca observaţie generală, Codul civil nu teoretizează termenii săi, practică o apropriere faţă de destinatarii nespecialişti ai Codului şi poate că aceasta ar fi şi invitaţia pentru doctrină[1]. Aceea de a accepta noii termeni profani fără a-i mai rezerva exclusiv ştiinţei juridice. Ancorarea în cotidian şi în limbajul comun asigură o aderenţă mai mare la neprofesioniştii dreptului. Tendinţa de „secularizare" a dreptului, de aşezare a lui în mijlocul mulţimii, nu în altarele slujite de doctrinari, este un deziderat mai vechi al tuturor legiuitorilor. O asemenea abordare ar fi credibilă doar în cazul creaţiilor normative concentrate. O *Lege a celor douăsprezece table* putea fi expusă mulţumii în forul roman. Pentru un cod de anvergura Codului civil prezent ar fi nevoie însă de câteva sute de table.

Deşi pare noţiunea de temelie a noii construcţii comerciale, legiuitorul nu este consecvent cu noţiunea de *profesionist*. Părţile speciale ale Codului civil preferă să folosească în mod alternativ sintagma de întreprindere şi „exerciţiul activităţii unei întreprinderi"[2] când se referă de fapt raporturile juridice la care iau parte profesioniştii.

Noţiunea de *întreprindere* este şi ea una fundamentală pentru noul drept comercial. Ca şi codurile din care se inspiră, Codul civil preferă să nu o definească în mod explicit, făcând din ea una din acele noţiuni neîncorsetate într-o definiţie rigidă, având mereu loc de evoluţie în domeniul dreptului.

Noţiunile de *activităţi economice* („profesionale"), respectiv *activităţi de producţie, comerţ sau prestări servicii* nu mai au o încărcătură conceptuală esenţială în noul drept comercial. Renunţarea la sistemul autonomiei dreptului comercial şi la sistemul obiectiv de reglementare a însemnat abandonarea unei instituţii juridice fundamentale a dreptului comercial vechi, actele şi faptele de comerţ. Existenţa acestei noţiuni în numeroase izvoare normative a făcut ca legiuitorul să o înlocuiască cu cea de „activităţi de producţie, comerţ sau prestări servicii". Cu alte cuvinte ne aflăm doar în faţa unui substitut fără importanţă juridică. Aceste activităţi „profesionale" nu mai au o explicitare şi nu mai joacă un rol central în delimitarea dreptului comercial faţă de dreptul civil.

28. Comerţul şi comerciantul. Din punct de vedere terminologic este de semnalat obstinaţia cu care legiuitorul înlătură noţiunea de *comerţ* şi derivatele sale din creaţia sa normativă. Realizând o reformă în domeniul dreptului privat legiuitorul este preocupat în amănunt de înlăturarea „urmelor" fostei reglementări dualiste. De aceea, exceptând sintagma de „registrul comerţului" (uşor de înlocuit cu registrul societăţilor), morfemul comerţ nu apare decât în zona contractelor speciale unde sunt urme de exprimări arhaice („circulă în comerţ").

---

[1] „Căci a gândi înseamnă a nu înţelege.../ Lumea nu e făcută să te gândeşti la ea/ (A gândi înseamnă a fi bolnav la ochi),/ Ci să o priveşti şi să intri în armonie cu ea". *F. Pessoa*, Opera poetică, Ed. Humanitas Fiction, Bucureşti, 2011, *A. Caeiro*, Paznicul turmelor, p. 69.

[2] Art. 1446 (prezumţia de solidaritate) şi art. 1523 (întârzierea de drept în executarea obligaţiilor comerciale) C.civ.

Strategia este mai degrabă eronată. Comerțul și comercianții sunt noțiuni puternic înrădăcinate în conștiința subiectelor de drept, noțiuni folosite de altfel în tot sistemul normativ rămas în afara operei unificatoare a dreptului privat.

Într-un mod premonitoriu pentru evoluția dreptului comercial român în contextul pledoariei sale pentru un drept al afacerilor profesorul Y. Guyon[1] vorbea de tendința de o devalorizare a dihotomiei comerciant-necomerciant și înlocuirea ei una nouă, profesionist-consumator. Dreptul român a făcut acest pas la nivel terminologic. Profesionistul și negarea sa, neprofesionistul au luat locul comercianților cel puțin în textele normative.

29. Rolul doctrinei în fixarea noului domeniu comercial. În privința noilor abordări terminologice cea mai fundamentată exprimare ni se pare cea a prof. Stanciu D. Cărpenaru[2] care distinge între întreprindere economică sau comercială (întreprindere al cărei scop este obținerea profitului) și întreprinderea civilă (întreprindere lipsită de scopul obținerii profitului). Mai departe, întreprinderea comercială (economică) reprezintă criteriul pentru determinarea calității de profesionist comerciant (și a sferei dreptului comercial). Odată fixată (noua) noțiune de comerciant, actele juridice comerciale[3] sunt actele săvârșite în scopul exploatării unei întreprinderi comerciale. În noua delimitare conceptuală vor fi acte juridice comerciale[4] numai acele acte juridice aferente exploatării unei întreprinderi comerciale realizate de o persoană fizică sau juridică.

O astfel de abordare are avantajul revalorificării unor termeni juridici clasici: comerciant, acte juridice comerciale și delimitarea clară a noului drept comercial. Dezavantajul abordării este tocmai acela că minimizează „revoluția" normativă intenționată de legiuitor. Construcția conceptuală prezentată folosește noțiunile juridice clasice redefinite în noul context normativ, remodelate semantic după reglementarea prezentă.

Vechea lege comercială – Codul comercial – era criticabilă pentru reglementarea foarte concentrată a conceptelor de bază: acte și fapte de comerț și comercianți. Doctrina a lucrat mult timp pentru a adăuga substanță unei reglementări sibilinice pe alocuri. Se pare că adepții dreptului comercial trebuie să-si folosească și mai intens experiența în viitor: în dorința sublinierii unificării dreptului privat legiuitorul a sugrumat ritualic dreptul comercial (prin eliminarea oricăror referiri la numele comercial) și s-a străduit să ascundă cât mai bine cadavrul: a segmentat cât mai mult normele speciale privitoare la exploatarea unei întreprinderi pe care le-au împrăștiat în tot Codul. Doctrina viitoare primește astfel o sarcină de durata care va face din dreptul comercial domeniul cel mai disputat și creativ în viitor.

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., p. 1034.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Dreptul comercial în condițiile noului Cod civil, în CJ nr. 10/2010.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 32, p. 399, 400. Odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 79/2011 și autorul indică faptul că noțiunea de *contracte comerciale* este eliminată normativ, dar contractele privind activitatea comercială reprezintă o instituție a noului drept comercial care adună actele juridice încheiate de profesioniștii comercianți.

[4] În doctrină mai este folosită și noțiunea de *contracte profesionale*. A se vedea *Gh. Piperea*, Introducere în dreptul contractelor profesionale, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 49.

30. Critica noilor concepte. Din punct de vedere semiotic, al teoriei semnelor şi limbajului, un procedeu de redefinire rapidă a unui semn intens utilizat în trecut este greu de realizat. Un semn este destinat receptării rapide şi eficiente de către destinatarii săi; visul oricărui locutor fiind acela al creării unui adevărat răspuns pavlovian: reprezentarea imediată, chiar subconştientă a realităţii reprezentate. Lucrurile se întâmplă asemănător cu conceptele, universaliile. Chiar dacă nu ne întoarcem la concepţia medievală (cearta universaliilor) a realismului (*universalia sunt realia*) trebuie să admitem că universaliile, conceptele, caută să-şi asume un conţinut cât mai bine delimitat. Esenţa lor nu poate fi alterată fără compromiterea întregului concept. Din această cauză alterarea substanţei lor le alterează şi percepţia generală.

Dacă am accepta că realitatea, ca şi limbajul, sunt simple convenţii acceptate[1], ar fi uşor să facem o nouă convenţie în privinţa conţinutului conceptului. Atunci conceptele de comerciant şi acte comerciale ar fi reîncărcate din punct de vedere al substanţei cognitive şi utilizate în noile coordonate definite terminologic. Legiuitorul tinde însă, prin reglementarea sa, la ostracizarea chiar a noţiunii de comerciant, de comercial. Aceste noţiuni sunt ocolite cu obstinaţie în toată opera legislativă pentru a face loc creaţiilor favorite ale legiuitorului: profesionist, întreprindere. Alegerea nu este una tocmai fericită. Niciun sistem de drept european nu are în vocabularul de concepte fundamentale termenul de *profesionist*. Sistemele de drept de referinţă ale dreptului european (francez şi german) rămân ancorate într-o abordare autonomă a dreptului comercial în care noţiunile de *comerciant* şi *fapte de comerţ* reprezintă conceptele de bază. Invenţia autohtonă, de profesionist, ne depărtează de limbajul juridic european, aşează un obstacol artificial în calea armonizării cu dreptul european. Noţiunea de *întreprindere* este într-adevăr una prezentă în terminologia juridică europeană. Dar această noţiune are accepţiuni diferite în dreptul comercial francez (fiind o faptă de comerţ obiectivă) precum şi în dreptul italian (unde de altfel nu este definită direct, ci prin noţiunea de *întreprinzător*). În dreptul român noţiunea este una în parte compromisă tocmai de realocările conceptuale repetate în timp. Sistemul clasic comercial cunoştea întreprinderea în spiritul francez (faptă de comerţ obiectivă); perioada comunistă a confiscat termenul în interesul definirii formelor de organizare economică bazate pe proprietatea socialistă, etatistă; perioada post-comunistă a redescoperit termenul odată cu revitalizarea Codului comercial şi l-a definit ulterior în reglementări mai recente (O.U.G. nr. 44/2008).

În concluzie, între „înnobilarea" juridică a unor termeni profani, aşa cum este noţiunea de *profesionist*, şi redefinirea unor termeni cu largă acceptare juridică am fi înclinat spre teza a doua, dar nu putem ignora litera noii reglementări.

[1] *I.P. Culianu*, Jocul de smarald, Ed. Polirom, Iaşi, 2011.

BCU IASI

Capitolul II
Profesionistul

31. Profesionistul[1]**.** Cel puțin la nivel declarativ profesionistul este noțiunea fundamentală pentru delimitarea unei ramuri speciale în cadrul dreptului civil. Simpla separație pe care legea o face între profesioniști și neprofesioniști relevă regimuri juridice distincte, chiar dacă prima utilizare a noțiunii are scopul de a decreta unicitatea legii aplicabile atât profesioniștilor cât și raporturilor juridice încheiate între aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

Conform Codului civil profesionistul exploatează o întreprindere, respectiv exercită în mod sistematic o activitate organizată, indiferent dacă are sau nu scop lucrativ. Activitatea organizată acoperă producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau prestarea de servicii[2].

Prima versiune a reglementării se referea la scopul obținerii de profit însă în forma finală a fost preferată exprimarea de „scop lucrativ" pentru a stabili o demarcație inutilă pentru conceptul de profesionist: naturii sale îi este indiferentă, conform Codului, această calificare. Această redundanță va dăuna scopurilor reglementării. În mod involuntar legiuitorul fixează o diferență specifică suficientă pentru definirea unei specii aparte: profesionistul care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ. Specie care delimitează un domeniu pe care legiuitorul îl dorea șters: noul drept comercial. În acest fel, în mod ironic, străduindu-se să șteargă cât mai bine delimitarea obiectului dreptului comercial legiuitorul sfârșește prin a face și mai clare liniile de demarcație, ca un școlar care străduindu-se să șteargă micile pete de pe tema sa ajunge să le facă și mai vizibile.

32. Surse normative de inspirație. Definiția are un ascendent direct în Codul canadian (Québec)[3]. Acest text definește exploatarea unei întreprinderi ca fiind exercitarea de una sau mai multe persoane a unei activități organizate, fie comercială fie necomercială în natură, constând în producția, administrarea sau înstrăinarea de proprietate sau prestarea de servicii. Noțiunea este tratată strict în materia solidarității obligațiilor și se oprește aici. Nu introduce noțiunea de *profesionist* sau *întreprinzător*, iar textul normativ va folosi doar această sintagmă, de exploatarea unei întreprinderi, pentru reglementarea unor raporturi juridice speciale aferente activității economice.

---

[1] *C. Gheorghe*, Concepte ale noului drept comercial: Profesionistul, în CJ nr. 4/2012, p. 214.

[2] Art. 3 alin. (3) C.civ.

[3] Art. 1525 alin. (3) C.civ. Québec: *„The carrying on by one or more persons of an organized economic activity, whether or not it is commercial în nature, consisting of producing, administering or alienating property, or providing a service, constitutes the carrying on of an enterprise"* (varianta în limba engleză). Traducerea este chiar norma română.

Referința din Codul civil italian privește noțiunea de *întreprinzător*[1], definit ca acela care exercită în mod profesional o activitate organizată cu scopul producției sau schimbului de bunuri sau prestării de servicii. Oricum cele două surse de inspirație relevate, Codul italian şi cel canadian, au afinități comune, toate sistemele normative mai recente centrate pe teza unificării dreptului privat privind spre opera legislativă italiană ca spre un model.

33. Caractere şi cerințe legale pentru profesioniști. Definiția legală, departe de concizia pe care o emană la prima vedere, ridică probleme de interpretare în privința profesioniştilor şi a întreprinderii. Din punctul de vedere al subiectelor de drept reglementarea trimite la profesioniști („Dispozițiile prezentului Cod se aplică şi raporturilor dintre profesioniști, precum şi raporturilor dintre aceştia şi orice subiecte de drept privat"). Întreprinderea în sine nu va fi, în această optică, un subiect de drept, poziție rezervată pentru profesioniști. Cu referire la aceştia legea vorbeşte de „una sau mai multe persoane" în explicitarea exploatării întreprinderii, sintagmă folosită la rândul ei în definirea profesioniştilor. Interpolând informațiile extrase din textul normativ se pot reține anumite caracteristici pentru profesioniști.

Profesionistul, persoană fizică sau persoană juridică. În definiția legală profesioniştii sunt „toți cei" care exploatează o întreprindere. Din economia textului profesionistul poate include subiecte de drept „individuale", dar şi „colective". Din punct de vedere al persoanelor de drept putem vorbi atât de persoane fizice cât şi de persoane juridice ca subiecte de drept aflate în raporturi juridice guvernate de legea civilă. Această dihotomie persoană fizică/persoană juridică s-ar putea să se dovedească insuficientă pentru caracterizarea completă a profesionistului. Codul civil reglementează societățile (societatea simplă, de exemplu) ca forme contractuale, lipsite de personalitate juridică care participă distinct în circuitul economic. În cazul acestora nu putem vorbi nici de o persoană fizică individuală, nici de o persoană juridică (în mod expres societatea simplă nu are personalitate juridică). Societatea simplă din punct de vedere comercial este mai mult decât o colecție de indivizi care pot fi tratați ca persoane fizice distincte. Putem vorbi în privința profesionistului de un *tertium genus*: societatea simplă, neînzestrată cu personalitate juridică, dar care este tratată separat de persoana fizică (ca şi de persoana juridică în care nu se transformă societatea simplă). Situația poate fi asemănătoare în cazul grupurilor de societăți. Inexistența personalității juridice pentru grup nu permite reducerea lui la un subiect clasic de drept civil. Pe de altă parte nici tratarea ca o colecție independentă de subiecte de drept nu este conformă cu realitatea. Societățile, împreună, pot delimita un profesionist distinct[2].

În această lectură noțiunii de profesionist îi poate fi indiferentă distincția persoană fizică/persoană juridică. Ea cuprinde una sau mai multe persoane care exploatează o întreprindere în forma prevăzută de lege. Din această perspectivă termenul vechi de întreprinzător avea unor conținut mai restrâns. Referirea comercială clasică (în

---

[1] Codul civil italian, Cartea V, Titlul II, Capitolul I, Secțiunea 1, art. 2082 definește întreprinzătorul: *„chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"*.

[2] *C. Gavalda, G. Parleani*, Droit des affaires de l'Union Européenne, 6e éd., Lexis Nexis/Litec, 2010, p. 281.

vigoare) la întreprinzător priveşte persoana fizică care pe riscul propriu foloseşte factorii de producţie în scopul obţinerii de profit din activităţi comerciale. Chiar dacă termenul ar fi fost adoptat de noua reglementare sensul său trebuia lărgit. Profesioniştii, termen cu cuprins semantic nevalorificat anterior din punct de vedere juridic poate să includă toate genurile de organizare arătate. Acceptarea societăţilor (cu sau fără personalitate juridică) ca o specie de profesionişti este necesară pentru asigurarea aplicării legii civile la toate categoriile de subiecte de drept, indiferent de calificarea acestor subiecte (profesionişti sau ne-profesionişti).

34. Exercitarea sistematică de activităţi economice organizate. Legea civilă impune pentru profesionist „exercitarea sistematică" de activităţi economice organizate de felul celor indicate normativ. Prevederea urmăreşte cumva reglementarea italiană ante-redată. Codul italian se referă la întreprinzător ca fiind cel care exercită în mod profesional o activitate organizată.

Renunţând la noţiunea de *întreprinzător* pentru cea de *profesionist* Codul civil român are nevoie de o inovaţie pentru a ocoli tautologia. Soluţia este folosirea acestei sintagme, „sistematic", în locul celei de „profesional". Scopul reglementării este însă acelaşi. Exercitarea activităţilor economice trebuie realizată „ca o profesiune obişnuită"[1] pentru a putea vorbi de un profesionist. Caracterul de stabilitate în desfăşurarea activităţilor economice este în continuare esenţial pentru plasarea în domeniul comercial. *Per a contrario*, exercitarea întâmplătoare, izolată, fără caracter de stabilitate, de activităţi economice, nu are capacitatea de a atrage calificarea ca profesionist a persoanei de drept.

Ca şi în vechea reglementare comercială, această definire a profesionistului induce un anume indeterminism în practică. Caracterul sistematic al exercitării de activităţi economice este un element de fapt supus probaţiunii în condiţiile legii procedurale civile.

Decantările doctrinare vechi în privinţa „profesiunii obişnuite" pot fi reciclate în vederea explicitării „exercitării sistematice" de activităţi economice. Această noţiune (profesiunea) semnifică săvârşirea activităţilor ca o ocupaţie, ca o îndeletnicire permanentă pe care o exercită o anumită persoană. Caracterul ocazional sau lipsa unui element de stabilitate şi de ancorare în activităţile care asigură traiul obişnuit excludea caracterul de profesie[2].

În privinţa profesioniştilor putem diferenţia din punctul de vedere al acestei calificări („sistematic") după tipul de subiect de drept.

Astfel, în cazul societăţilor cu personalitate juridică este de esenţa acestora săvârşirea sistematică de activităţi economice (cu scop lucrativ)[3]. În cazul acestor

---

[1] Aceasta era formularea din vechiul Cod comercial. Actele de comerţ trebuiau săvârşite ca o profesiune obişnuită (şi în nume propriu) pentru a atrage calitatea de comerciant pentru persoana fizică.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, op. cit., p. 73.

[3] Legea nr. 31/1190, aşa cu a fost modificată prin Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (Legea nr. 71/2011) şi Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (Legea nr. 76/2012), prevede că „în

subiecte de drept caracterul sistematic este reținut chiar de legea de organizare a societăților, scutind de sarcina probei. Societățile cu personalitate juridică sunt profesioniști ai dreptului comercial prin chiar faptul constituirii lor[1].

Incidența activităților economice şi exercitarea lor organizată, sistematică (sub forma unei profesiuni obişnuite) nu au mulțumit întru-totul doctrina comercială tradițională şi nu se va întâmpla acest lucru probabil nici în prezent. Aceasta a simțit nevoia unei clarificări pe care izvorul normativ nu o conține, dar este conformă cu sensul reglementări: riscul întreprinderii.

35. Profesionistul săvârşeşte activități economice, organizate, în nume propriu. Şi aici, ca şi în vechea reglementare ne referim la o condiție doar subînțeleasă de legiuitor. Calitatea de profesionist revine persoanei care exercită activități organizate în nume propriu. Săvârşirea de activități în numele altei persoane nu satisface exigența textului normativ. O persoană nu poate fi calificată ca profesionist dacă nu săvârşeşte activitățile în nume propriu, independent şi pe riscul său. Calitatea de prepus, salariat etc., pentru persoana fizică, va exclude calificarea acesteia pentru calitatea de profesionist. În forma prezentă a reglementării sunt declarați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere, formulare care subliniază asumarea riscului, acționarea în nume propriu. Extragerea explicită a acestei caracteristici rămâne totuşi de interes şi utilă pentru studiul noțiunii de profesionist.

36. Activitățile economice exercitate de profesionist constau în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii. În lipsa unei delimitări conceptuale a activităților organizate săvârşite de profesionist această noțiune este detronată din rolul central pentru dreptul comercial din reglementarea anterioară.

Noțiunea este în prezent una pur economică, delimitând cele trei domenii clasice ale activităților economice: producția, comerțul şi serviciile. Nu credem că importă în mod special delimitarea noțiunii de „administrarea ori înstrăinarea de bunuri". Vedem că ea este o translatare de fapt a noțiunii din Codul canadian care nu are pretenții de reglementare comercială (fiind o reglementare fără aplicare națională, ci doar regională, în concurență cu o jurisdicție diferită, de *common law*, reglementarea Québec ocoleşte domeniul comercial, lăsat în competența nivelului uniform, federal, de reglementare). Această noțiune acoperă de fapt domeniul economic al „comerțului" în sens restrâns, respectiv interpunerea în circulația mărfurilor.

E drept, administrarea de bunuri poate fi privită şi din prisma titlului nou din Codul civil referitor la „administrarea bunurilor altuia"[2] însă caracterul voit larg şi nelimitativ al acestor activități face inutilă strădania unei delimitări mai stricte a noțiunii.

Trebuie semnalat şi caracterul nediferențiat normativ prevăzut pentru bunuri. Este ştiută caracteristica reglementarii trecute care excludea din domeniul dreptului

---

vederea desfăşurării de activități cu scop lucrativ subiectele de drept se pot asocia şi constitui societăți" (art. 1).

[1] Soluția era explicită sub imperiul Codului comercial (art. 7). Doctrina afirma că societățile comerciale (de la acea dată) se nasc comercianți, iar persoanele fizice devin comercianți.

[2] Art. 792-854 C.civ., Cartea a III-a, Titlul V.

comercial operațiunile având ca obiect bunurile imobile[1] și dificultățile moderne în extinderea obiectului fostului drept comercial asupra acestei categorii importante de bunuri. Reglementarea prezentă face în acest punct reparația necesară, iar activitățile profesioniștilor nu cunosc limitare în privința obiectului lor.

37. Profesionistul exercită activități economice cu scop lucrativ sau cu scop nelucrativ. Noțiunea de *profesionist* este una foarte largă prin declararea ei ca independentă față de scopul urmărit. În acest mod în interiorul profesioniștilor se situează și formele „non-profit", formele care nu urmăresc un scop patrimonial (asociații, fundații etc.) precum și categorii aflate tradițional dincolo de granițele comerciale (liber profesioniști, activități de învățământ etc.)[2].

Totuși această dihotomie este esențială pentru trasarea granței noului dreptul comercial. Profesionistul care exercită activități economice cu o finalitate patrimonială (profit) este cel care acoperă întreg domeniul dreptului comercial prezent. La fel de bine se poate imagina un drept al profesioniștilor care s-ar întinde la toate raporturile juridice la care participa aceste persoane, incluzând deci și formele fără scop lucrativ, așa cum își dorește legiuitorul.

Codul civil a încercat o clarificare terminologică prin renunțarea la scopul economic al „profitului" în favoarea noțiunii, considerata mai juridică, de „lucrativ". De altfel legiuitorul își propune o unificare terminologică generală prin substituirea consecventă a termenului „scop patrimonial" cu scop lucrativ[3].

Din punct de vedere al dreptului comparat, Codul canadian folosește pur și simplu noțiunea de *comercial*, pe care nu se cramponează să o evite. Ținând cont că aici fixăm și noi granițele dreptului comercial, vechea noțiune ar fi fost mai indicată.

38. Profesionistul exploatează o întreprindere. Legea comercială vorbește de o „activitate organizată" care este apanajul juridic al „întreprinderii". Introducerea acestei noțiuni de întreprindere ne face să studiem activitatea organizată în interiorul acestei forme juridice noi.

---

[1] Art. 3 pct. 1 și 2 C.com. (abrogat) (actele și faptele de comerț obiective, de tip interpunere).

[2] Greutatea coabitării în cadrul aceleiași noțiuni atât a formelor cu finalitate lucrativă cât și a celor nelucrative este sesizată și de legiuitor. De aceea, pentru simplificare, chiar și acesta folosește pentru unele scopuri legislative noțiunea de *profesionist* strict pentru activitățile lucrative. Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante. Art. 2 pct. 2 definește profesionistul ca orice persoană fizică sau juridică care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ.

[3] Art. 212 alin. (4) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

Capitolul III
Întreprinderea

39. Noțiunea de întreprindere. Noțiunea de *întreprindere* este strict legată în Codul civil de cea de profesionist. Stilul de definire este însă condensat și criptic.

Din punct de vedere logic vedem că profesionistul „exploatează o întreprindere", iar exploatarea unei întreprinderi semnifică „exercitarea sistematică de activități organizate" lucru care ne îndeamnă la o simplificare imediată – de tip algebric – a termenilor, respectiv profesionistul este persoana care exercită sistematic activități organizate (economice, așa cum sunt redate de text).

Concluzionând, noțiunea de *întreprindere* nu este de fapt definită direct și în al doilea rând ea putea foarte ușor să lipsească dacă aplicăm un algoritm tipic rezolvării unui exercițiu matematic elementar (respectiv „exploatarea întreprinderii", elementul necunoscut, este înlocuit cu valoarea sa, cu explicitarea expresă a termenului. „Profesionistul" este expresie logică (funcție) cu o necunoscută, „exploatarea întreprinderii". Necunoscuta este explicitată imediat. Expresia logică este exprimată în consecință în forma finală, în care „exercitarea întreprinderii" și-a găsit exprimarea prin explicitarea conceptului.

În economia normativă a materiei introducerea termenului de întreprindere poate fi considerată chiar redundantă. Folosirea lui de către legiuitor obligă însă la explicitare, la extragerea conținutului noțiunii în contextul celui deja văzut, al noțiunii de profesionist.

40. Delimitări anterioare reglementării Codului civil. Teoria comercială clasică cunoștea noțiunea de *întreprindere* în contextul conceptului bine delimitat de *act* și *fapt de comerț*. Respectiv doctrina identificase în mod cvasi-general trei tipuri de fapte de comerț obiective (acele acte juridice enumerate normativ nelimitativ): de tip interpunere în circulația mărfurilor, de tip întreprindere și de tip conex. Chiar în acest context, o definiție juridică lipsea fiind în general complinită de percepția economică a termenului.

În doctrina economică *întreprinderea este definită (și în prezent) ca un organism social*[1]*; ca o organizare autonomă a unei activități, cu ajutorul factorilor de producție* (forțele naturii, capitalul și munca) *de către întreprinzător, pe riscul său, în scopul efectuării de activități economice (comerciale) și, implicit, a obținerii de profit.*

Conținutul economic este relevat de teoria economică a factorilor de producție: forțele naturii, capital și munca. Conținutul juridic trebuia extras din organizarea grupul social, asumarea de către întreprinzător a coordonării întregii activități și

[1] *M. Juglart, B. Ippolitto*, op. cit., p. 158. Întreprinderea este un organism social, independent din punct de vedere social care-și propune producerea de bunuri sau servicii pentru piață în scopul obținerii de profit.

implicit a riscului acestei activități și din scopul care se identifica cu scopul actelor și faptelor de comerț, obținerea de profit.

41. Codul comercial se sprijinea în mod vizibil, în enumerarea faptelor de comerț, pe noțiunea de *întreprindere*. Astfel de organizări specifice erau translatate în întregime în dreptul comercial, fără a fi necesară verificarea unor factori particulari. Întreprinderile enumerate de Codul comercial puteau fi împărțite în două grupe, după obiectul lor: *întreprinderile de producție* (industriale), din ea făceau parte întreprinderile de construcții și întreprinderile de fabrici și manufactură și *întreprinderile de prestări de servicii* din care făceau parte întreprinderile de spectacole publice, întreprinderile de comisioane, agenții și oficii de afaceri, întreprinderile de editură, imprimerie, librărie și obiecte de artă, întreprinderile de asigurare, întreprinderile de depozit în docuri și antrepozite.

Forma întreprinderii era în acel moment nucleul cel mai pronunțat din punct de vedere cantitativ al faptelor de comerț care asigurau accederea către comercialitate.

42. Perioada comunistă, care s-a intercalat între cele două perioade mari de aplicare a Codului comercial (1864-1948 și 1990-2011), a utilizat puternic noțiunea de *întreprindere* (socialistă) prin crearea operatorilor economici bazați pe proprietatea de stat, singurii prezenți în economie. Dreptul economic al acestei perioade este prea impregnat cu principiile economiei socialiste, etatiste, pentru a putea fi valorificat în prezent. În mod ironic tendințele prezente de „suprimare" a dreptului comercial își au un corespondent perfect în dreptul „economic" al acelei perioade.

43. Reglementări speciale privind întreprinderea. Perioada recentă mai cunoaște un moment important în explicitarea noțiunii de întreprindere. Este vorba de o definiție legală, în vigoare, a întreprinderii. Aceasta este activitatea economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forță de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege[1]. Conținutul noțiunii urmărește conturul deja fixat anterior de către doctrină. Acest izvor normativ definește de altfel și noțiunea de *întreprinzător*, ocolită de noul cod, respectiv „persoana fizică care organizează o întreprindere economică". Raportat la noul Cod civil întreprinzătorul este practic profesionistul persoană fizică.

Întreprinderea devine o noțiune de bază a dreptului comercial, așezată de noua doctrină în prim plan, cu întâietate față de cea de profesionist[2]. Din punct de vedere juridic trebuie să accentuăm din nou prevalența profesionistului, cel care rămâne tot timpul subiectul de drept, nu întreprinderea sa de care în mod indubitabil este legat.

---

[1] O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, modificată: „întreprindere economică – activitatea economică desfășurată în mod organizat, permanent și sistematic, combinând resurse financiare, forță de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice și informație, pe riscul întreprinzătorului, în cazurile și în condițiile prevăzute de lege".

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 29; *V. Nemeș*, op. cit., p. 15; *Gh. Piperea*, Drept comercial. Întreprinderea, op. cit.

44. Dreptul european nu foloseşte în mod unitar noţiunea de *întreprindere* şi cu atât mai puţin se străduieşte să o definească în mod unitar. Domeniul concurenţei este o excepţie. Astfel, Acordul privind SEE (Spaţiul Economic European)[1], protocolul 22, defineşte întreprinderea ca fiind „orice entitate care exercită activităţi de natură comercială sau economică"[2]. O asemenea formulare avea bineînţeles nevoie de ajutor din partea Curţii de Justiţie a Uniunii pentru a ajunge la o accepţiune viabilă din punct de vedere juridic.

Jurisprudenţa europeană a adăugat constant la această noţiune destul de imprecisă în forma din tratat. Decizii succesive al Curţii de Justiţie a Uniunii Europene au stabilit că acestei noţiuni îi este indiferentă structura sau personalitatea juridică (cu referire la entităţi fără personalitate juridică), sau perimetrul juridic (cu referire la grupul de societăţi) sau finalitatea socială a activităţii (cu referire la natura publică sau privată), singurul criteriu valid fiind cel al exercitării activităţii comerciale (ofertei de bunuri sau servicii către piaţa)[3].

În dreptul european noţiunile de întreprindere şi *societate* sunt ancorate strict în domeniul lucrativ (patrimonial), noţiunile nedepăşind graniţa către activităţile fără scop lucrativ. De altfel chiar acest element ţine de esenţa noţiunilor. Domeniul comercial – formulare de care legiuitorul european nu se fereşte deloc – este zona în care evoluează întreprinderile în accepţiunea europeană.

45. Noţiunea prezentă de întreprindere. Ţinând cont de vocaţia de izvor comun de drept a Codului civil (adevărată „constituţie civilă"), de generală aplicabilitate, nu putem să ne sprijin în definirea unui termen al Codului de o lege specială externă. Cum această lege (O.U.G. nr. 44/2008) este anterioară şi specială faţă de Codul prezent, vocaţia generală a Codului civil obligă la interpretarea termenilor în acord cu substanţa sa, fără sprijin extern. De altfel normele de punere în aplicare a Codului civil se ocupă de acest aspect, de punerea în acord a noului Cod cu corpusul normativ existent.

Privind spre noţiunea de *exploatare a întreprinderii* reţinem faptul că *întreprinderea este o activitate organizată cu scopul producerii sau comerţului (administrarea sau înstrăinarea) de bunuri sau prestării de servicii (indiferent de finalitatea lucrativă sau nelucrativă).*

Din această perspectivă întreprinderea este o formă de organizare a activităţii economice particulare, operată de profesionist. Aşa cum am subliniat, din economia textului rezultă că profesionistul este subiectul de drept, partea din raporturile juridice guvernate de legea civilă, persoană fizică sau juridică.

---

[1] Acordul privind Spaţiul Economic European (JOCE L 3 ianuarie 1994, p. 3 şi Gazeta Oficială EFTA) reprezintă acordul dintre ţările UE şi cele ale AELS (Asociaţia Europeană a Liberului Schimb – mai puţin Elveţia).

[2] Art. 1 din Protocolul 22 la Tratatul privind SEE (*http://secretariat.efta.int/~/media/Documents/legal-texts/eea/the-eeaagreement/Protocols%20to%20the%20Agreement/protocol 22.pdf*).

[3] CJUE, C-41/90, *Hofner ş.a. v. Macrotron*, Hotărârea din 23 aprilie 1991 (*http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97109&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=70412*). A se vedea şi *C. Gavalda, G. Parleani*, op., cit., p. 282.

Întreprinderea, în mod logic, nu este ea însăşi subiectul de drept, ci forma de organizare pe care profesionistul a ales-o. Acesta exploatează întreprinderea, constituită în forma particulară de organizare aleasă. În acest context putem decela între întreprinderi individuale şi colective, inclusiv societăţile cu personalitate juridică. Societatea cu personalitate juridică (fostă „comercială") este „profesionistul", în terminologia Codului, care operează o întreprindere ce îmbracă forma de organizare legală a societăţii[1] (comerciale). Putem vorbi deci de societatea cu personalitate juridică ca despre un tip de întreprindere, ca o formă de organizare, fără să ne referim la persoana juridică însăşi (subiect de drept) pe care trebuie să o echivalăm cu profesionistul (persoană juridică).

46. Caracterele întreprinderii. Ceea ce ţine de esenţa întreprinderii este forma organizării, modul de folosire a factorilor economici pentru atingerea scopului propus. Referirile constante la noţiunea de *întreprindere* trebuie să aibă tot timpul în vedere faptul că noţiunea nu implică subiectul de drept. Cei care participă la raporturile juridice sunt profesioniştii, nu întreprinderea. Această realitate face ca noţiunea de *întreprindere* din Codul civil prezent să implice obligatoriu existenţa profesionistului. Practic dincolo de profesionistul care participă la circuitul economic întreprinderea nu are nicio relevanţă din punct de vedere legal. Nici legiuitorul nu este consecvent cu propria sa noţiune astfel încât adeseori omite profesionistul folosind exclusiv noţiunea comună de întreprindere.

Organizarea activităţii este de esenţa întreprinderii. Faţă de modul concentrat de reglementare trebuie să acceptam viziunile pur economice care adaugă la întreprindere pe lângă dimensiunea socială (incluzând raporturi juridice specifice) şi dimensiuni tehnico-economice. Resursele financiare, forţă de muncă atrasă, materii prime, mijloace logistice şi de informaţie sunt şi ele elemente care dau o conformaţie particulară întreprinderii. Referirile la forţele de producţie întregesc imaginea întreprinderii. Abordările sistemice sunt şi ele posibile. Întreprinderea este un sistem complex care caută atingerea unui echilibru cu factorii externi, o poziţionare optimă în mediu economic care să-i permită profesionistului atingerea scopurilor sale.

Scopul întreprinderii este unul determinat. Întreprinderea îşi propune realizarea, în formă organizată, a activităţilor de producere, administrare ori înstrăinare de bunuri sau prestare de servicii. Limitarea scopului rezervat întreprinderii este manifestă, chiar dacă activităţile rezervate acesteia par destul de largi şi neexplicitate normativ[2].

Se poate decela (fără o importanţă doctrinară deosebită), în funcţie de clasele mari de activităţi economice, între întreprinderi – ca forme de organizare – de producţie, de comerţ (administrare şi înstrăinare de bunuri) şi de prestări de servicii.

---

[1] Art. 1 LS.

[2] Codul civil italian (art. 2195) explicitează activităţile comerciale, acele activităţi care atrag obligaţia de înregistrare pentru întreprinzători în registrul întreprinderilor: 1) activităţi industriale având ca scop producţia de bunuri şi servicii; 2) activităţi de intermediere (interpunere) în circulaţia bunurilor; 3) activităţi de transporturi pe uscat, apa sau aer; 4) activităţi bancare sau de asigurări; 5) activităţi auxiliare celor anterioare.

Dihotomia lucrativ/nelucrativ. Noţiunea de *întreprindere* este una mai largă decât cea din perioada anterioară. Extinderea şi în domeniul nelucrativ obligă la delimitarea între întreprinderile cu finalitate lucrativă şi cele fără scop lucrativ.

Întreprinderile cu scop lucrativ port fi denumite întreprinderi economice[1] sau comerciale şi alcătuiesc baza noului drept comercial[2].

Întreprinderi individuale şi întreprinderi colective. O întreprindere poate fi exploatată atât de o persoană fizică cât şi de o persoană juridică. După tipul de profesionist rezultat putem decela între întreprinderile individuale şi cele colective.

47. Profesionistul care exploatează o întreprindere economică. Comerciantul. Din noţiunile de *profesionist* şi *întreprindere* se desprinde specia profesionistului care exploatează o întreprindere economică (comercială)[3]. Raporturile juridice care se nasc sau care se pot naşte în legătură cu această persoană dau întregul conţinut al noului drept comercial.

Dreptul comercial este ramura de drept civil care cuprinde totalitatea normelor juridice care reglementează raporturile juridice în care unul sau ambii subiecţi sunt profesionişti ce exploatează întreprinderi economice.

Pentru conciziune putem vorbi de profesioniştii care exploatează o întreprindere economică ca despre comercianţi sau, mai aproape de scrupulele Codului, de profesionişti-comercianţi.

Legea de punere în aplicare a Codului civil are în vedere existenţa răspândită a noţiunii de comerciant în toată legislaţia specială în vigoare. Pentru soluţionarea acestei situaţii legiuitorul indică preferinţa sa viitoare pentru noţiunea de *profesionist* care include categoriile de comerciant, întreprinzător, persoane autorizate să desfăşoare activităţi economice sau profesionale[4].

Noţiunea de *comerciant* este echivalată cu persoanele fizice sau juridice supuse înregistrării în registrul comerţului[5]. Nici această echivalare nu poate fi generalizată astfel încât, ori de câte ori termenul comerciant este explicitat în corpul unui izvor normativ particular, acesta îşi păstrează, pentru uzul acelui act, definiţia legală respectivă[6].

---

[1] Noţiune deja existentă în O.U.G. nr. 44/2008, în această formă.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 31-33.

[3] Aceasta este şi abordarea de drept italian, considerat un exemplu pentru sistemul normativ al unităţii dreptului privat. *Întreprinderea comercială* este specia proeminentă şi baza dreptului comercial. A se vedea *A. Costagliola*, Compendio di Dirirro Commerciali, 5 ed., Maggioli Editori, 2013, p. 39.

[4] Art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

[5] Art. 6 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, cu trimitere la art. 1 din Legea nr. 26/1990.

[6] Soluţia este atrasă de actele normative de implementare a dreptului secundar european, în principal. Tocmai lipsa de uniformitate terminologică la nivel european face ca legiuitorul european să purceadă la explicitarea termenilor pentru scopurile reglementării. Translatarea directă în dreptul intern a unor asemenea directive conduce la această situaţie neuniformă. De exemplu, toate actele normative din domeniul protecţiei consumatorilor (Legea nr. 193/2000

Dincolo de aceste clarificări, pentru știința dreptului comercial noțiunea de *profesionist comerciant* (profesionistul care exploatează o întreprindere economică) rămâne utilă și nu induce nicio confuzie cu termenii vechi sau noi de *comerciant*, respectiv *profesionist*.

Profesioniștii-comercianți sunt persoane fizice sau juridice care exploatează o întreprindere economică (comercială) în conformitate cu reglementările legale pentru astfel de întreprinderi.

privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă, Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, O.G. nr. 130/2000 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță) folosesc aceeași definire (traducere europeană) a comerciantului: „Prin comerciant se înțelege orice persoană fizică sau juridică autorizată, care, în temeiul unui contract care intră sub incidența prezentei legi, acționează în cadrul activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale, cât și orice persoană care acționează în același scop în numele sau pe seama acesteia". În temeiul art. III din O.U.G. nr. 79/2011, aprobată prin Legea nr. 60/2012, în toată legislația privind protecția consumatorilor termenul *comerciant* este înlocuit cu termenul de *profesionist*.

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul IV
Întreprinderi economice individuale şi colective

48. Specii de întreprinderi[1]. Codul civil nu se ocupă în mod sistematic de teoretizarea întreprinderii sau de decelarea speciilor acestei noţiuni. Nereglementarea noţiunii se înscrie în tendinţa normativă declarată de *dereglementare* comercială. De altfel speciile de întreprinderi îşi au izvorul normativ în acte exterioare Codului civil. Reglementările privind formele de desfăşurare a activităţii comerciale, privind societăţile (cu personalitate juridică), precum şi izvoarele derivate de drept european (regulamente şi directive) sunt izvoarele folosite pentru sistematizarea materiei întreprinderilor.

Cercetarea întreprinderii are mare importanţă comercială fiindcă această dă conţinut conceptului de profesionist. În funcţie de întreprinderea exploatată este stabilit practic regimul juridic aplicabil profesionistului. În final condiţiile privind accederea la calitatea de profesionist şi obligaţiile speciale ale acestuia se raportează la tipul de întreprindere exploatată.

Împărţirea întreprinderilor în individuale şi colective nu are un suport normativ expres, dar permite observarea unor tipuri diferite de comercianţi. Asocierea în vederea desfăşurării activităţilor economice a reprezentat din totdeauna o treaptă superioară, o sofisticare a relaţiilor economice. Alăturarea mijloacelor şi a capitalului în diferite forme juridice a fost drumul urmat pentru creşterea competitivităţii economice şi impunerea în faţa concurenţei. Întreprinderile colective prezintă, în mod aşteptat, un nivel de reglementare mult superior activităţilor desfăşurate individual.

Secţiunea 1. Întreprinderi individuale

49. Izvoare normative. Reglementarea profesioniştilor individuali a cunoscut un izvor legal exterior Codului civil (şi anterior acestuia). O.U.G. nr. 44/2008 a reprezentat o noutate în dreptul nostru comercial prin asumarea explicitării unor noţiuni sensibile la acea dată: întreprinderea (şi întreprinzătorii), patrimoniu de afectaţiune etc. Aceste noţiuni sunt preluate de Codul civil în prezent şi fixate (într-o formă apropiată) în corpul său de reglementări.

50. Persoana fizică autorizată (PFA). În viziunea legii *persoana fizică autorizată* (PFA) este persoana abilitată să desfăşoare orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind în principal forţa sa de muncă[2]. Regimul PFA reglementează interac-

---

[1] *C. Gheorghe*, Concepte ale noului drept comercial: Întreprinderea, în CJ nr. 7/2012, p. 331.

[2] Noţiunea va trebui să se raporteze şi la noţiunea de *lucrători independenţi*, aşa cum sunt definiţi aceştia de art. 2 lit. a) din Directiva 2010/41/UE: toate persoanele care exercită o activitate lucrativă pe cont propriu, în condiţiile prevăzute de dreptul intern. Acelaşi act normativ

ţiunea acestei persoane cu alte tipuri de întreprinderi, înregistrarea şi radierea acestei forme de activitate. În forma prezentă PFA poate angaja, în calitate de angajator, terţe persoane, cu contract individual de muncă încheiat în condiţiile legii[1].

PFA răspunde pentru obligaţiile sale cu patrimoniul de afectaţiune, dacă acesta a fost constituit, şi, în completare, cu întreg patrimoniul său. Legea proprie de organizare făcea distincţie după calitatea de comerciant sau lipsa acestei calităţi în privinţa persoanei, fixând în acest fel şi incidenţa procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenţei[2] (supusă abrogării de Codul insolvenţei – O.U.G. nr. 91/2013).

În prezent, dispărând această distincţie a calităţii de comerciant, PFA apare ca subiect al procedurii insolvenţei. În această situaţie diferenţele dintre PFA şi întreprinderea individuală se estompează, rămânând practic un singur tip de organizare a întreprinderii.

PFA îşi încetează activitatea[3] şi este radiată (din registrul comerţului) prin dispariţia persoanei (deces), prin voinţa acesteia, în condiţiile radierii înregistrării[4] şi prin faliment.

Reglementarea privind persoana fizică autorizată mai conţine o limitarea importantă. O astfel de formă legală de desfăşurarea a activităţii nu poate fi multiplicată: respectiv o persoană poate avea cate un singur certificat de înregistrare pentru statutul juridic PFA.

În acest mod divizarea patrimoniului persoanei în mai multe secţiuni afectate activităţilor economice este preîntâmpinată. Persoana fizică va putea prezenta un singur patrimoniu de afectaţiune afectat desfăşurării activităţii sub forma persoanei fizice autorizate[5].

51. Întreprinderea individuală. Întreprinderea individuală reglementată de lege nu dobândeşte personalitate juridică prin înregistrare în registrul comerţului. Întreprinzătorul persoană fizică titular al întreprinderii individuale era declarat comerciant de la data înregistrării sale în registrul comerţului, distincţie rămasă fără obiect în prezent. Şi întreprinzătorul persoană fizică, în organizarea întreprinderii sale, poate angaja terţe persoane cu contract individual de muncă şi poate colabora cu alte PFA, cu alţi întreprinzători persoane fizice titulari ai unor întreprinderi individuale sau reprezentanţi ai unor întreprinderi familiale ori cu alte persoane juridice, pentru efectuarea de activităţi economice.

Persoana fizică titulară a întreprinderii individuale (profesionistul-comerciant) răspunde pentru obligaţiile sale cu patrimoniul de afectaţiune, dacă acesta a fost constituit, şi, în completare, cu întreg patrimoniul, iar în caz de insolvenţă va fi supusă procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006, cu modificările ulterioare

---

european impune reglementarea situaţiei soţiilor/soţilor lucrătorilor independenţi din perspectiva protecţiei sociale şi egalităţii de tratament.

[1] O.U.G. nr. 44/2008, modificată prin O.U.G. nr. 46/2011 începând cu 19.05.2011.

[2] Art. 20 din O.U.G. nr. 44/2008.

[3] Art. 21 din O.U.G. nr. 44/2008.

[4] Art. 25 din Legea nr. 26/1990.

[5] Art. 14. alin. (1) din O.U.G. nr. 44/2008.

insolvenței (supusă abrogării de Codul insolvenței – O.U.G. nr. 91/2013)[1]. Întreprinzătorul persoană fizică titular al unei întreprinderi individuale își încetează activitatea și este radiat din registrul comerțului în caz de deces, prin acțiunea în radiere sau prin voința proprie.

Restricția existentă în privința PFA – acceptarea unei singure întreprinderi de acest fel pentru o persoană fizică – este valabilă și pentru întreprinderea individuală.

Din cele arătate distincția prezentă dintre regimul PFA și cel de întreprindere individuală este doar formal, declarativ. Din punct de vedere al speciilor de întreprinderi individuale disponibile pentru un profesionist în prezent avem reglementat un singur tip de întreprindere individuală (au dispărut diferențele calitative dintre PFA și întreprinderea individuală reglementată distinct).

52. Întreprinderea familială. Deși în sens logic această întreprindere este colectivă, având în vedere legăturile obligatorii dintre cei care participă la ea și de izvorul normativ unic, este firească alăturarea acesteia la întreprinderile individuale.

Întreprinderea familială este constituită din doi sau mai mulți membri ai unei familii și îi este interzis să angajeze terțe persoane cu contract de muncă[2]. Constituirea întreprinderii se realizează printr-un acord de constituire, încheiat de membrii familiei în formă scrisă care va stipula numele și prenumele membrilor, reprezentantul asocierii, data întocmirii, participarea fiecărui membru la întreprindere, condițiile participării, cotele procentuale în care vor împărți veniturile nete ale întreprinderii, raporturile dintre membrii întreprinderii familiale și condițiile de retragere[3]. Reprezentantul întreprinderii gestionează interesele întreprinderii familiale în temeiul unei procuri speciale, sub forma unui înscris sub semnătură privată semnată de către toți membrii întreprinderii care au capacitate de exercițiu și reprezentanții legali ai celor cu capacitate de exercițiu restrânsă.

Ca și celelalte forme individuale, întreprinderea familială nu dobândește personalitate juridică prin înregistrarea în registrul comerțului, putând avea doar un patrimoniu de afectațiune. Totuși membrii întreprinderii familiale răspund solidar și indivizibil pentru datoriile contractate de reprezentantul asocierii în exploatarea întreprinderii dincolo de patrimoniul de afectațiune, dacă a fost constituit, până la limita patrimoniului propriu (corespunzător cotelor de participare prevăzute în acordul de constituire).

Întreprinderea familială își încetează activitatea și este radiată din registrul comerțului dacă mai mult de jumătate dintre membrii acesteia au decedat sau cer încetarea acesteia sau se retrag din întreprindere, precum și în condițiile unei acțiuni în radiere. Modul de lichidare a patrimoniului de afecțiune este și el reglementat de lege[4].

Una din inovațiile Codului civil, administrarea bunurilor altuia[5], își găsește aplicarea în privința administrării patrimoniului de afectațiune al întreprinderii familiale în completarea dispozițiilor speciale[6].

---

[1] Art. 26 din O.U.G. nr. 44/2008.
[2] Art. 28 alin. (4) din O.U.G. nr. 44/2008.
[3] Art. 29 din O.U.G. nr. 44/2008.
[4] Art. 33 și 34 din O.U.G. nr. 44/2008.
[5] Art. 792-857 C.civ.
[6] Art. 31 și 32 din O.U.G. nr. 44/2008.

În privința membrilor întreprinderii familiale trebuie să reținem că ei au deschisă și calea organizării separate a unei întreprinderi individuale (PFA sau titular al unei întreprinderi individuale)[1].

Secțiunea a 2-a. Întreprinderile colective

53. Introducere. Întreprinderile colective reprezintă forme de organizare a activității economice la care participă o pluralitate de membri. Organizarea acestora include relații sociale (între care se află și cele juridice) între membri și între întreprindere și terți. Fiecărei forme de organizare îi este specifică lipsa sau prezența atributului personalității juridice. În funcție de această dimensiune se poate distinge în cadrul întreprinderilor economice între existența unui patrimoniu propriu atașat persoanei juridice sau doar a unui patrimoniu de afectațiune destinat desfășurării activității economice.

Delimitarea persoanei juridice în noul Cod civil este diferită față de reglementările trecute. În concepția veche conferirea personalității juridice era un apanaj al autorității, un proces explicit prin care, în urma unui control de legalitate, era emis un act jurisdicțional sau administrativ-jurisdicțional de care era legată în mod declarat nașterea persoanei juridice. În prezent Codul identifică elementele constitutive ale persoanei juridice (organizare autonomă, patrimoniu de afectațiune și scop licit și moral)[2] și recunoaște personalitate juridică entităților prevăzute de lege, precum și oricăror alte organizații legal înființate care, deși nu sunt declarate de lege persoane juridice, probează elementele constitutive ale persoanei juridice[3].

Din perspectiva acestei reglementări legale toate întreprinderile economice ar satisface elementele constitutive ale persoanei juridice, deoarece de esența lor este existența unei organizări a activității și constituirea unui patrimoniu afectat realizării de activități economice. Legiuitorul folosește însă un sistem de reglementare negativă care exclude anumite întreprinderi de la beneficiul personalității juridice, respectiv toate întreprinderile individuale cât și societatea simplă sunt excluse de la beneficiul personalității juridice. Doar acest impediment, clar, ne face să distingem în continuare între întreprinderi economice cu personalitate juridică și întreprinderi fără personalitate juridică.

54. Societatea în Codul civil. Codul civil folosește în domeniul contractual noțiunea de *societate*, strâns legată de reglementarea contractului de societate (art. 1881-1855 C.civ.). Această reglementare este declarată ca fiind dreptul comun în „materia societăților". Legiuitorul nu face conexiunea între această reglementare și noțiunile de *profesionist* și *întreprindere* folosite în titlul preliminar al Codului civil. Este de fapt o lacună a Codului civil. Referirea la „dreptul comun" implică existența dreptului special, a dreptului comercial de fapt. Toată materia specială a societăților cu personalitate juridică (care nu mai sunt și *comerciale*), miezul dreptului comercial, rămâne de fapt exterioară Codului civil, și specială față de acesta.

---

[1] Art. 28 din O.U.G. nr. 44/2008.

[2] Art. 187 C.civ.

[3] Din această perspectivă sunt importante delimitările normative negative, respectiv formele juridice care nu pot avea personalitate juridică decât în condiții explicite (art. 188 C.civ.).

Pentru unitate terminologică trebuie să acceptăm că societăţile reprezintă forme de întreprinderi, respectiv întreprinderi colective, iar din punct de vedere al subiectelor de drept civil fac parte dintre „profesioniştii" reglementaţi distinct de cod[1].

Formele societare sunt declarate de lege ca fiind societăţile: simple, în participaţiune, în nume colectiv, în comandită simplă, cu răspundere limitată, pe acţiuni, în comandită pe acţiuni, cooperative şi alte tipuri de societăţi anume reglementate de lege (art. 1888 C.civ.).

O situaţie atipică este reprezentată de societatea cu personalitate juridică cu răspundere limitată cu asociat unic. Întreprinderea exploatată aici este una individuală, nu colectivă. Referirea la societate este şi ea una forţată fiindcă actul juridic constitutiv este unul unilateral. O astfel de întreprindere rămâne individuală, având însă un regim special de reglementare, în interiorul societăţilor, alături de celelalte societăţi cu personalitate juridică. Dând întâietate atributului personalităţii juridice, formei juridice de organizare şi aptitudinii transformării în altă societate cu personalitate juridică această specie de întreprindere va fi alăturată celorlalte societăţi cu personalitate juridică, nu întreprinderilor individuale. Reglementând societăţile, Codul civil reţine în enumerarea arătată doar specia societăţii cu răspundere limitată. În mod tradiţional, şi forţat credem noi, „societatea" cu răspundere limitată cu asociat unic (SRL) este considerată o subspecie de SRL şi păstrată în consecinţă în această materie. În mod riguros suntem în prezenţa unei întreprinderi individuale *sui generis* căreia legea îi conferă personalitate juridică şi îi asigură un regim juridic special.

55. Societatea simplă. Noutatea Codului civil în domeniu stă în reglementarea modernă şi completă a societăţii simple. Din punctul de vedere al personalităţii juridice, aşa cum am subliniat, aceasta este refuzată acestei întreprinderi, însă asociaţii pot apela la ea ca o altă formă de organizare a întreprinderii. Legiuitorul vrea să rezerve forma societăţii simple unui domeniu pur contractual, de drept comun, la care să se raporteze întreprinderile colective care dobândesc personalitate juridică. În acest mod lipsa personalităţii juridice ţine de esenţa societăţii simple astfel încât dacă această caracteristică este înlăturată vom vorbi în mod automat de altă întreprindere colectivă.

Legea reglementează formarea societăţii simple (încheierea contractului de societate), efectele juridice ale acestuia între părţi şi terţi (corpul normativ se ocupă de „funcţionarea societăţii simple" stabilind regimul „capitalului social" constituit din aporturi (art. 1894-1899 C.civ.), regimul părţilor de interes (art. 900-1901 C.civ.), participarea la profit şi pierderi (art. 1902 C.civ.), procesul decizional (art. 1910-1912 C.civ.), administrarea societăţii (art. 1913-1919 C.civ.), răspunderea socială şi răspunderea asociaţilor faţă de terţi (art. 1920-1924 C.civ.) şi încetarea societăţii, respectiv dizolvarea şi lichidarea acesteia (art. 1930-1948 C.civ.). Observăm că în privinţa acestei întreprinderi legea foloseşte denumirea de capital social ca expresie valorică a patrimoniului (de afectaţiune) pe care asociaţii îl constituie în scopul realizării de activităţi economice.

Contractul de societate care stă la baza formelor societare are o definiţie legală, în acord cu noţiunea generală de întreprindere. Pe baza acestuia *două sau mai multe persoane se obligă reciproc să coopereze pentru desfăşurarea unei activităţi şi să contribuie la aceasta prin aporturi (băneşti, în bunuri, în cunoştinţe specifice sau*

[1] Societatea se poate constitui cu sau fără personalitate juridică (art. 1881 C.civ.).

prestații) cu scopul de a împărți beneficiile, de a se folosi de economia ce ar putea rezulta, asumându-și în mod corelativ și riscul activității, respectiv să contribuie la suportarea pierderilor proporțional cu participarea la distribuția beneficiului, dacă prin contract nu s-a stabilit altfel [art. 1881 alin. (1) și (2) C.civ.].

Dintr-o perspectivă superioară celei strict contractuale, societatea este o formă de organizare a activității (de realizare sistematică de activități economice) realizată de două sau mai multe persoane, scopul fiind desfășurarea de activități economice, iar finalitatea una lucrativă.

Societatea este în esență o întreprindere economică (comercială). Alături de societatea simplă legiuitorul reglementează în materia societății și *asocierea în participațiune*. De natura acesteia este lipsa unui patrimoniu de afectațiune (asociații rămân proprietarii bunurilor puse la dispoziția asociației[1]) și lipsa unei organizări de sine-stătătoare (asociații contractează și se angajează în nume propriu față de terți chiar dacă o fac în numele asocierii, situație care induce totuși solidaritatea asociaților[2]). În lipsa acestor elemente asocierea în participațiune nu poate accede la statutul de întreprindere. Ea rămâne în domeniul strict contractual și o excepție de la calitatea de întreprinderi colective a societăților.

56. Persoanele juridice. Societățile cu personalitate juridică. Activitățile cu scop lucrativ constituie obiectul de activitate și scopul societăților reglementate de legea specială[3]. Societatea cu personalitate juridică va fi astfel chiar prin faptul constituirii o întreprindere cu scop lucrativ declarat. În concluzie societățile cu personalitate juridică au un loc aparte în dreptul comercial fiind în optica Codului civil profesioniști (de tip comercial) care sunt organizați în forma întreprinderilor economice (comerciale) reglementate de legea specială. Societățile cu personalitate juridică rămân astfel nucleul dreptului comercial și forma cea mai evoluată a întreprinderii economice. Reglementarea lor rămâne exterioară Codului civil, constituindu-se într-un drept special la care trimite și Codul civil. Denumirea de *societăți cu personalitate juridică* este sintagma aleasă în prezent pentru formele de întreprinderi reglementate de Legea nr. 31/1990 (LS) în dauna formulării clasice de *societăți comerciale*. Fără a ignora această realitate normativă considerăm că în scopuri științifice sau didactice denumirea veche poate fi folosită în continuare fiindcă identifică exact societățile cu personalitate juridică reglementate de Legea nr. 31/1990.

Formele societăților cu personalitate juridică sunt declarate de dreptul comun[4] în concordanță cu reglementarea anterioară a societăților comerciale[5]: societatea în nume colectiv; societatea în comandită simplă; societatea cu răspundere limitată; societatea pe acțiuni; societatea în comandită pe acțiuni.

Noutatea rămâne existența unui drept comun al societății (normele privind contractul de societate) față de care trebuie să se raporteze toate societățile reglementate de legea specială. Din punct de vedere practic reglementarea acestui contract

---

[1] Art. 1952 C.civ.

[2] Art. 1953 C.civ.

[3] Art. 1 alin. (1) LS, așa cum a fost modificat prin Legea pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil.

[4] Art. 1888 C.civ.

[5] Art. 3 alin. (2) LS.

Legiuitorul român se referă la aceste societăți de tip cooperativă, când le definește, ca fiind „asociații autonome"[1]. Probabil definiția vrea să accentueze, în tușe foarte groase, diferența față de o societate (comercială), dar nu poate să inducă o trăsătură esențial nepatrimonială tipică asociațiilor.

Natura juridică a societății cooperative este aceea a unei întreprinderi economice în sensul Codului civil[2]. Cooperativa este o societate (contract, grupare de persoane care aduc în comun valori patrimoniale în scopul desfășurării unei activități împreună), cu personalitate juridică, care urmărește realizarea scopurilor patrimoniale și nepatrimoniale ale membrilor săi și funcționează pe baza principiilor cooperatiste. Existența unor finalități nepatrimoniale nu imprimă în concluzie societăților cooperative un caracter non-profit specific asociațiilor și fundațiilor.

58. Alte persoane juridice reglementate de lege. Grupurile de interes economic (GIE)[3]. În categoria de „alt tip de societate reglementat de lege" trebuie contabilizate grupurile de interes economic și grupurile europene de interes economic (GEIE).

Conform reglementării lor, calitatea de comerciant sau necomerciant a grupului, indiferentă în reglementarea prezentă, rămâne a fi verificată din prisma obiectului de activitate declarat prin actul constitutiv al grupului, apreciere care transcende declarației exprese – obligatorii în actul constitutiv autentic al grupului – a asociaților în privința „comercialității".

Voința asociaților va guverna într-un final asupra naturii „comerciale" a grupului, în primul rând prin alegerea obiectului de activitate și ulterior prin declarația expresă privind „comercialitatea". Aceste calificări, stabilite de dreptul european pentru a menaja legislațiile naționale își pierd orice importanță internă în prezent. Grupurile respective sunt persoane juridice, întreprinderi economice colective în sensul doctrinei comerciale române.

Reglementarea română a grupurilor de interes economic urmărește îndeaproape izvorul de drept european (care la rândul său urmărește modelul francez de reglementare în domeniu)[4] Paralel cu instituția de drept intern, GIE, reglementarea europeană, datorită vocației de aplicare directe a regulamentului european ca izvor de drept european, reglementează Grupul european de interes economic (GEIE)[5] pentru întreaga piață internă europeană. Aceste forme societare reprezintă specii de întreprinderi economice colective exploatate sub forma unor persoane juridice distincte.

---

[1] Art. 7 alin. (1) din Legea nr. 1/2005. În prezent denumirea de societate este rezervată de Codul civil și Legea nr. 31/1990. Societățile cooperative sunt în mod declarat o specie de societate.

[2] Din punct de vedere istoric, „comercialitatea" cooperativelor a preocupat doctrina sub imperiul vechiului Cod comercial până la edictarea legii speciale a cooperației din anul 1935, cu modificările ulterioare. Legea de atunci declara expres cooperativele ca fiind comerciale. Legea prezentă nu folosește această noțiune, iar sub regimul civil prezent noțiunea de *profesionist comerciant* este mai largă ca aceea veche de *comerciant*. A se vedea și *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II (Titlul IX), Ed. All Beck, București, 2002, p. 645.

[3] Legea nr. 161/2003, cu modificările ulterioare.

[4] Regulamentul (CEE) nr. 2137/1985 (JOCE L 199 din 31 iulie 1985, p. 1-9), în vigoare din cea de-a treia zi de la publicare și aplicabil de la 1 iulie 1989 cu excepțiile prevăzute.

[5] A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

59. Societatea europeană (Societas Europaea, SE). O altă creaţie societară europeană originală este cea a societăţii europene (SE)[1]. Acest tip de societate îşi are reglementarea într-un regulament european, izvor normativ european aplicabil direct în dreptul intern al statelor membre ale Uniunii Europene. De altfel dreptul intern al societăţilor cu personalitate juridică a asimilat norme (privind sistemele de administrare) care să facă posibilă aplicarea imediată a acestui tip special de societate pe acţiuni caracterizată prin dimensiunea sa transnaţională, europeană[2].

Specific societăţii europene este constituirea sa condiţionată de ante-existenţa unor forma societare naţionale ce acţionează în jurisdicţii naţionale diferite din piaţa internă. Societatea europeană este proiectată cu un vehicul transnaţional (dar închis din punct de vedere al constituirii în interiorul pieţei interne) care să faciliteze desfăşurarea de activităţi economice la nivelul integrat european[3].

Societatea europeană reprezintă şi ea o societate special reglementată de lege (europeană) fiind o întreprindere economică colectivă, cu personalitate juridică, în sensul noţiunilor de drept comercial intern.

60. Forme societare speciale cu capital integral sau parţial de stat. Legile speciale reglementează şi alte forme societare de genul regiilor autonome, societăţilor naţionale, societăţilor cu capital de stat. Aşa cum reliefează şi jurisprudenţa europeană tipul de capital sau de proprietate nu creează situaţii diferite din perspectiva noţiunii de întreprindere economică. Aceste persoane juridice nu cunosc diferenţe din perspectiva noţiunilor de profesionist şi întreprindere faţă de restul formelor societare cu personalitate juridică. Faptul înfiinţării prin voinţa unei autorităţi publice nu modifică caracterul şi incidenţa legii (comerciale) şi pentru aceste forme de organizare, cu observarea regimului special propriu.

Persoanele de drept public sunt excluse din domeniul profesioniştilor comerciali prin scopul şi finalitatea diferită de cea a formei unei întreprinderi. Deşi Codul civil reglementează în esenţă toate persoanele de drept (publice sau private), iar persoanele de drept public au vocaţia participării şi ele la raporturile juridice în baza capacităţii lor generale (inclusiv de drept privat), reglementarea şi regimul propriu al acestor subiecte de drept se sustrag reglementării dreptului civil. Scopul unei autorităţi publice nu poate fi de exploatare organizată a unei întreprinderi, situându-se în afara dreptului comercial.

---

[1] Regulamentul (CE) nr. 2157/2001 al Consiliului din 8 octombrie 2001 privind statutul societăţii europene (SE).

[2] Legea nr. 31/1990, republicată şi modificată, Titlul VII[1] (*Societatea europeană*). A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

[3] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar. Instituţii de drept comunitar din perspectiva dreptului român, Ed. Logisticon, Bucureşti, 2005, p. 152. Modalităţile de constituire ale SE sunt limitativ prevăzute de Regulamentul european: fuziunea, formarea unui holding, înfiinţarea unei filiale de tip SE şi transformarea unei societăţi în SE. În toate cazurile entităţile implicate trebuie să evolueze în două sisteme normative naţionale diferite pentru a fi eligibile pentru această operaţiune.

61. Situația altor forme asociative. Dreptul civil cunoaşte încă forme de organizare a activității neacoperite de întreprinderile individuale sau colective economice inventariate mai sus.

Organizațiile non-profit, *asociațiile şi fundațiile*[1], au ca scop desfăşurarea unei activități dezinteresate (activitate culturală, sportivă, caritabilă etc.), nu obținerea unui profit. Astfel de persoane juridice nu au o finalitate lucrativă însă reprezintă specii de întreprinderi. Fixând limitele dreptului comercial chiar cu ajutorul acestei dihotomii, lucrativ/nelucrativ, vom plasa aceste „întreprinderi" în afara obiectului dreptului comercial. Ele se bucură oricum de o reglementare completă, specială.

Reglementarea privind *societățile agricole*[2] este conformă cu optica comercială clasică după care activitățile agricole sunt excluse domeniului comercial. Legea lor de organizare are o prevedere expresă în privința excluderii acestor societăți din perimetrul dreptului comercial[3]. Alături de forma societății agricole, societate special reglementată care se bucură de personalitate juridică, legea reglementează şi „asocieri", forme de organizare pe bază de înțelegere între două sau mai multe familii, având ca scop „exploatarea terenurilor agricole, creşterea animalelor, aprovizionarea, depozitarea, condiționarea, prelucrarea şi vânzarea produselor, prestarea unor servicii, precum şi alte activități".

Asocierile se pot constitui „prin înțelegere verbală sau scrisă, fără altă formalitate juridică", cei în cauză stabilindu-şi şi obiectul activității şi condițiile în care înțeleg să-şi desfăşoare activitatea, părțile având deschisă şi calea contractului de societate în condițiile prevăzute de Codul civil[4]. Aceste reglementări au o rezonanță diferită raportat la reglementarea noului Cod civil. În noua optică activitățile agricole nu au o poziție privilegiată, au scop lucrativ, iar desfăşurarea lor nu cunoaşte restricții „comerciale".

Astfel, activitățile agricole pot fi desfăşurate atât în forma întreprinderilor colective (societate simplă) fără personalitate juridică, cât şi cu personalitate juridică (societăți agricole sau comerciale) Practic noul context face inutilă reglementarea separată a organizării activităților agricole. Societatea agricolă rămâne un tip special de societate care şi-a pierdut rațiunea inițială a reglementării (aceea a evitării domeniului comercial). Scopurile lucrative ale acestor întreprinderi colective le plasează alături de restul profesioniştilor comercianți.

62. Formele de exercitare a profesiilor liberale (profesii autorizate) cunosc şi ele o repoziționare în condițiile prezente ale Codului civil. Persoanele care exercită profesiile liberale sunt „profesioniști", în condițiile prezente, care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ. Din această perspectivă organizarea profesiilor liberale îmbracă forma întreprinderilor individuale sau colective de tip lucrativ, situându-se în interiorul dreptului comercial.

---

[1] O.G. nr. 26/2000. Art. 47 din acest izvor normativ recunoaşte asociațiilor dreptul de a înființa societăți comerciale;

[2] Legea nr. 36/1991 privind societățile agricole şi alte forme de asociere în agricultură (M.Of. nr. 97 din 6 mai 1991).

[3] Art. 5 din Legea nr. 36/1991.

[4] Art. 2 din Legea nr. 36/1991.

Noi am fi înclinat spre excluderea tradiţională a profesiilor liberale din domeniul comercial, dar argumentele nu pot fi decât unele *pro causa*, fără ancorare în textul Codului civil şi în normele speciale de organizare a profesiilor[1].

Referirea la întreprinderi civile şi întreprinderi comerciale nu mai are suportul din regimul Codului comercial trecut. Dacă limita comercialităţii este scopul lucrativ ar rămâne în domeniul civil doar întreprinderile fără scop lucrativ. Profesiile liberale nu se situează în domeniul ne-lucrativ chiar dacă remuneraţiile reprezintă onorarii[2] pentru abilităţile şi cunoştinţele personale şi nu se subscriu exact scopului obţinerii de profit. De altfel obţinerea de profit a fost eliminată din caracterizarea întreprinderii pentru a fi înlocuită cu finalitatea lucrativă. Stabilirea unui alt criteriu pentru dihotomia întreprindere civilă/comercială nu mai are suport în corpusul normativ prezent. Însăşi această dihotomie este forţata. Întreprinderile sunt fie comerciale fie cu scop nelucrativ; toate fiind întreprinderi civile.

Situaţia va fi aceeaşi pentru artizani şi micii meseriaşi. În cazul activităţilor de învăţământ legea specială impune o formă aparte de organizare care exclude ideea de întreprindere.

---

[1] Legea nr. 51/1995 pentru organizarea şi exercitarea profesiei de avocat, republicată (M.Of. nr. 98 din 7 februarie 2011), Legea nr. 36/1995 – Legea notarilor publici şi a activităţii notariale etc.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 46.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul V
Dobândirea calității de profesionist

63. Accederea la calitatea de profesionist comerciant. Dobândirea calității de profesionist nu este reglementată în Codul civil. La prima evaluare aceasta va cunoaşte un regim deosebit după cum întreprinderea exploatată este individuală sau colectivă, beneficiară sau nu a personalității juridice. Toate aceste situații în care se poate afla profesionistul atrag cerințe diferite pentru dobândirea calității sale. Existența personalității juridice este un element care clarifică mult lucrurile. Conferirea personalității juridice este legată de îndeplinirea unei proceduri administrativ-jurisdicționale. Societățile cu personalitate juridică[1], societățile cooperativă[2], grupul de interes economic etc. cunosc momentul înregistrării în registrul comerțului în scopul constituirii legale. Profesionistul reprezentat de astfel de specii de întreprinderi ia naştere odată cu constituirea legală a întreprinderii sale, prin înregistrarea în registrul comerțului.

În privința profesioniştilor care exploatează întreprinderi lipsite de personalitate juridică, individuale sau colective, accederea la această calitate cunoaşte particularități care țin de definirea noțiunii de profesionist. În aceste situații satisfacerea cerințelor esențiale ale conceptului juridic este de natură să valideze legal noua calitate (exercitarea de activități economice în forma organizată, în nume propriu, în mod sistematic, cu scop lucrativ – pentru profesioniştii comercianți).

64. Înregistrarea în registrul comerțului. Un element important în privința profesionistului comerciant este înmatricularea în registrul comerțului[3]. Legea de organizare a registrului îşi propune în esență să arhiveze toate datele „comercianților" în scopuri de publicitate (legea prevede şi efecte directe în privința dobândirii personalității juridice), de informare şi protecție a terților. În sensul tradițional al legislației comerciale (anterioare Codului civil) comercianții erau persoanele fizice şi asociațiile familiale (ulterior persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale şi familiale) care efectuau în mod obişnuit acte de comerț, societățile comerciale, companiile naționale şi societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic cu caracter comercial, grupurile europene de interes economic cu caracter comercial şi organizațiile cooperatiste[4]. Reglementarea prezentă enumeră într-o formă neutră persoanele fizice şi juridice supuse înregistrării în registrul comerțului: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale şi întreprinderile familiale, societățile comerciale,

---

[1] Art. 41 alin. (1) LS: „Societatea este persoana juridică de la data înmatriculării în registrul comerțului".

[2] Art. 14 alin. (9) din Legea nr. 1/2005: „Societatea cooperativă este persoană juridică de la data înmatriculării în registrul comerțului".

[3] Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată şi modificată.

[4] Art. 1 alin. (2) din Legea nr. 26/1990, anterior intrării în vigoare a Codului civil de la acea dată.

companiile naţionale si societăţile naţionale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societăţile cooperative, organizaţiile cooperatiste, societăţile europene, societăţile cooperative europene si grupurile europene de interes economic cu sediul principal în Romania, precum şi alte persoane fizice si juridice prevăzute de lege[1]. Observăm că enumerarea legală încearcă într-un mod nesistematic să epuizeze toţi profesioniştii care exploatează o întreprindere comercială. Încercând o debarasare de termenul „comerciant" legea de punere în aplicare a Codului civil impune o modificare normativă „orizontală", aplicabilă în tot sistemul normativ activ: referirile la comercianţi se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerţului, potrivit prevederilor ante-redate (art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerţului, republicată)[2].

Observăm că reglementările privind întreprinderea economică de tip colectiv în forma societăţii simple exclud existenţa personalităţii juridice, dar şi înregistrarea în registrul comerţului. Deşi întreprinderile individuale şi familiale sunt cuprinse în această formalitate comercială a înregistrării societatea simplă rămâne în afara publicităţii comerciale. Probabil că viitorul va proba că această specie de întreprindere, forma comună proiectată chiar de legiuitor pentru desfăşurarea activităţilor cu scop lucrativ nu se poate sustrage formelor de publicitate obligatorii instituite în dreptul intern, în consonanţă cu legislaţia europeană[3], pentru protecţia terţilor.

65. Efectele înregistrării în registrul comerţului a persoanelor de drept. Reglementarea prezentă induce destule neclarităţi prin refuzul clarificării instituţiei profesioniştilor. Definiţia lapidară a acestui concept face ca toate efectele încadrării în această categorie să fie unele extrapolate din normele Codului civil, ale legii de aplicare şi ale restului de legi speciale modificate în mod neunitar de legea de punere în aplicare invocată. Legea privind registrul comerţului nu asimilează, ci ignoră conceptul de profesionist. Obligaţiile de înregistrare impuse de lege privesc persoanele fizice şi juridice *înainte de începerea activităţii economice.* Legea nu distinge şi nu este interesată de dobândirea calităţii de profesionist. Scopul este unul strict pragmatic: orice persoană care intenţionează să desfăşoare activităţi economice are obligaţia înregistrării comerciale (şi fiscale). Apreciem că acest demers nu are nicio influenţă asupra calităţii de profesionist[4]. Lipsa de reglementare ne face să respingem un sistem

---

[1] Art. 1 alin. (1).

[2] Art. 6 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), modificat şi completat prin Legea nr. 60/2012 privind aprobarea O.U.G. nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 255 din 17 aprilie 2012).

[3] Prima Directivă (de drept societar) din 9.03.1969 (JOCE L 65 din 14 martie 1968) recodificată (şi abrogată) prin Directiva 2009/101/CE din 16.09.2009. Textul comunitar enumeră tipurile de societăţi naţionale comerciale (din această directivă denumirea comercială nu a putut fi înlăturată) la care se aplică (pentru România: societate pe acţiuni, societate cu răspundere limitată, societate în comandită pe acţiuni). Societatea simplă nu intră astfel în obligaţiile directe de armonizare, dar scopurile urmărite de registrul comerţului ţintesc spre dezvăluirea datelor relevante despre participanţii la mediul comercial.

[4] Pentru ca lucrurile să fie şi mai greu de evaluat, O.U.G. nr. 44/2008 conţine norme privind dobândirea calităţii de comerciant de către titularul unei întreprinderii individuale şi

comercial de tip subiectiv, respectiv persoanele să acceadă la calitatea de profesionist odată cu înregistrarea în registrul comerțului în lipsa unei prevederi exprese.

În privința efectelor înregistrării în registrul comerțului, acestea sunt cele pe care legea le dispune: publicitatea actelor si operațiunilor economice, opozabilitatea față de terți a acestora, iar în privința persoanelor juridice efectul constitutiv şi conferirea expresă a personalității juridice.

66. Societatea nelegal constituită. În cazul întreprinderii organizate în forma societăților cu personalitate juridică, dacă nu a fost realizată înregistrarea în registrul comerțului, legea le recunoaşte existența şi consacră efecte juridice pentru aceste societăți în curs de constituire. Până la data dobândirii personalității juridice raporturile dintre asociați sunt guvernate de regulile aplicabile societății simple [art. 1889 alin. (4) C.civ.]. Practic profesionistul poate exista odată cu forma societății simple reprezentată de actele constitutive. Dobândirea personalității juridice modifică regimul juridic al profesionistului, nu îi dă naştere neapărat în acel moment. Accederea la calitatea de profesionist se dovedeşte a fi diferită de constituirea întreprinderii preconizată de acesta, respectiv acesta poate fi în situația exploatării unei întreprinderi înainte de constituirea întreprinderii colective organizate în forma societății cu personalitate juridică.

Societatea ocultă şi asociații aparenți. Existența societății poate fi ascunsă sau deformată pentru percepția comună a mediului economic în care aceasta evoluează, respectiv calitatea de asociat al întreprinderii poate fi ascunsă sau terții pot fi induşi în eroare în privința calității reale a unor pretinşi asociați. Reglementarea civilă caută să rezolve aceste situații în spiritul realității raporturilor juridice şi al protecției terților co-contractanți.

Astfel, orice persoană care pretinde că este asociat (Codul civil cere ca actele de asumare a calității, aparente, să fie „convingătoare") al unei societăți răspunde față de terții de bună credință ca şi un asociat real. Societate în cauză nu va răspunde în fața terților înşelați de aparența creată decât dacă a susținut ea însăşi o asemenea aparență (a dat „motive suficiente" terților pentru ca o persoană să fie considerată asociat sau, luând cunoştința de situația neconformă realității nu a respins, nu a luat măsuri „rezonabile" pentru a împiedica inducerea terțului în eroare)[1].

În situația societății oculte sau doar a asociaților ocului, aceştia sunt asimilați de lege în privința răspunderii lor față de terții de bună-credință cu asociații declarați ai societății (art. 922 C.civ.).

În ambele cazuri stabilirea calității de asociați ocului sau societate ocultă rămâne de probat în condițiile normelor privind probațiunea. În acest caz accederea la calitatea de profesionist este condiționată de identificarea întreprinderii colective ascunse cunoştinței publice (societatea ocultă).

---

toți membrii întreprinderii individuale de la data înregistrării în registrul comerțului. Numai că noțiunea de *comerciant* este asimilată de Legea privind punerea în aplicare a Codului civil [art. 6 alin. (1) din Legea nr. 71/2011] cu persoanele de drept care sunt supuse obligației de înregistrare în registru. Ceea ce atrage o tautologie fără relevanță juridică. Termenul de *comerciant* nu poate fi înlocuit cu cel de *profesionist*.

[1] Art. 1921 C.civ.

67. Societatea simplă. În privința *societății simple*, constituirea acesteia este supusă consensualismului, forma scrisă a contractului de societate fiind cerută de lege *ad probationem*. Doar în cazul societăților cu personalitate juridică contractul prin care se înființează o societate cu personalitate juridică trebuie încheiat în formă scrisă sub sancțiunea nulității absolute (art. 1884 C.civ.).

Toate aceste elemente relevă greutățile în privința stabilirii momentului dobândirii calității de profesionist comerciant în această ipostază comună pentru dreptul comercial. Constituirea întreprinderii este un element important, dar pentru profesionist legea impune de fapt „exploatarea sistematică" astfel încât simpla constituire legală a întreprinderii (contract de societate, eventual înregistrare pentru dobândire de personalitate juridică sau doar înregistrare în vederea constituirii întreprinderii fără personalitate juridică) nu apare ca suficientă. Nu suntem îndreptățiți a crea o „prezumție de exploatare" odată cu naşterea unei anumite forme de organizare, a unei anumite întreprinderi.

Aşa cum am stabilit, profesionistul exploatează o întreprindere, respectiv exercită în mod sistematic o activitate organizată, indiferent dacă are sau nu scop lucrativ. Activitatea organizată acoperă producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau prestarea de servicii.

Codul comercial stabilea regimuri diferite pentru comercianții persoane fizice şi societăți (comerciale la acea dată). Persoanele fizice dobândeau calitatea de comerciant dacă săvârşeau acte sau fapte de comerț cu caracter profesional, în nume propriu (în ultima perioadă se adăugaseră şi formele asociative speciale, care nu confereau personalitate juridică: asociații familiale, respectiv întreprinderi individuale şi întreprinderile familiale)[1]. Persoanele juridice aveau un tratament comercial aparte. Societățile (comerciale) erau considerate ca „născute" în domeniul comercial, simplul fapt al existenței legale fiind suficient pentru calitatea de comerciant. Scopul lor le determina în mod apodictic existența. Nu aveau opțiunea ieşirii din dreptul comercial. Dobândirea calității de comerciant de către societatea comercială era realizată prin simplul fapt al constituirii, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege în acest sens. Prin contrapunere, persoana fizică dobândea calitatea de comerciant în urma satisfacerii unor condiții legale stricte, prin exercitarea comerțului cu caracter profesional, pe când societatea (comercială) dobândea această calitate *ab initio*, prin chiar naşterea subiectului de drept, independent de proba săvârşirii vreunei fapte de comerț.

În prezent situația profesioniştilor pare a se sedimenta într-un mod asemănător: societățile şi celelalte entități (comerciale) cu personalitate juridică se nasc în scopul exercitării de activități cu scop lucrativ fiind profesionişti de la data constituirii legale. Profesioniştii care exploatează întreprinderi individuale sau colective, fără personalitate juridică sunt circumscrişi în condițiile legale de existență (activități economice, în nume propriu, în mod sistematic). Situarea în afara acestui perimetru implacabil neagă esența conceptului de profesionist şi chiar existența sa.

68. Dovada calității de profesionist. Calitatea de profesionist este obiect al probațiunii, sarcina probei revenind părții care formulează anumite pretenții (*onus pro-*

[1] O.U.G. nr. 44/2008. *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, op. cit., p. 68.

bandi incumbit actori). Proba în sine se face în condițiile legii civile, cu mijloacele de probă legal admise.

Dificultățile relevate în privința dobândirii calității de profesionist comerciant se reflectă direct în privința probării acestei calități. Dacă sub regimul comercial vechi dificultăți probatorii ridica cazul comerciantului persoană fizică, în prezent acestea apar atât în cazul profesionistului care exploatează o întreprindere individuală cât și în cazul întreprinderilor colective fără personalitate juridică. Formele de întreprinderi care capătă dimensiunea personalității juridice se bucură de o realitate probatorie aparte pentru profesionist. Constituirea legală a acestor entități le conferă odată cu personalitatea juridică calitatea de profesionist. Legile de organizare au finalitatea creării unor persoane dedicate activității economice. Esența lor este una comercială ce nu mai trebuie probată în particular. Controlul autorității realizat pe calea procesului de înregistrare asigură tocmai conformitatea cu legea și capacitatea acestor întreprinderi de a răspunde scopului economic urmărit.

În privința întreprinderilor individuale și colective fără personalitate juridică rămâne de probat caracterul „sistematic" al exploatării unei întreprinderi pentru probarea calității de profesionist

69. Încetarea calității de profesionist comerciant. În cazul persoanei fizice, pierderea calității de profesionist comerciant se realizează în mod simetric cu dobândirea acestei calități. Dacă profesionistul încetează să mai îndeplinească condițiile legale, nu mai exploatează în mod sistematic o întreprindere, calitatea sa este pierdută. Probațiunea va fi specifică pentru stările de fapt presupuse de asemenea situații. Încetarea satisfacerii cerințelor legale trebuie să fie una reală, nu o întrerupere temporară, iar din ea trebuie să rezulte intenția de a renunța la exploatarea sistematică a întreprinderii.

În cazul întreprinderilor care îmbracă o formă societară învestită cu personalitate juridică, deoarece dobândirea calității de profesionist comerciant este legată de însăși constituirea societății comerciale ca persoană juridică, înseamnă că această calitate se pierde în momentul când societatea este radiată, ca urmare a dizolvării și lichidării societății.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul VI
Condițiile de exercitare a activității economice (comerciale)

70. Mediul economic şi limitele libertății contractuale în acest domeniu. Dobândirea calității de profesionist comerciant conferă o legitimitate legală în interiorul dreptului civil şi în ramura sa de drept comercial. Evoluția în acest domeniu trebuie să respecte principii şi obligați instituite în vederea protecției celorlalți participanți la circuitul economic şi asigurării unui mediu concurențial şi neutru din punct de vedere al oportunităților, pentru toți participanții. „Piața" comercială națională este parte a pieței interne europene care este preocupată de realizarea unui teritoriu al şanselor egale pentru toți competitorii din statele membre.

Înainte de a se inspira din principiile şi libertățile europene[1] – libertatea de mişcare a mărfurilor, a persoanelor, a capitalurilor şi a serviciilor – condițiile de exercitare a activităților economice urmăresc principii liberale adânc încetățenite în practicile economiei de piață. Recursul la construcțiile normative europene rămâne unul subsidiar față de legiferările naționale concordante.

Tendința prezentă de integrare a activităților economice în raporturile juridice civile în vederea tratării normative unitare nu poate să nege regimul special al actelor şi faptelor care privesc exploatarea unei întreprinderi. Popularea Codului civil cu astfel de reglementări trădează tocmai identitatea unui domeniu special comercial. Evoluțiile istorice şi experiența extrasă din desfăşurarea activităților economice nu pot fi ignorate în numele tratării unitare a dreptului privat. Libertatea comerțului, protejarea pieței interne prin promovarea concurenței loiale şi mai nou protejarea consumatorilor în fața practicilor abuzive ale profesioniştilor animați de o foame tot mai mare de profit reprezintă principii şi limitări de neînlăturat din orice sistem normativ. Sistemul normativ nu poate să ignore mediul economic şi să-l considere total similar vieții civile. Crizele economice, regresul anumitor activități economice, evoluțiile rapide din pieţele financiare reclamă soluții normative specifice, necesită întărirea mecanismelor de control şi protecție ale statului în beneficiul actorilor vieții economice şi al consumatorilor. Încremenirea într-un sistem normativ integrator, fără acceptarea specificului domeniului economic înseamnă refuzul acceptării realității imediate şi eşecul statului prin ignorarea uneia din pârghiile esențiale aflate la îndemâna sa: reglementarea mediului economic în scopul responsabilizării sociale şi înfrânării cursei individuale a profesioniştilor pentru profit în dauna consumatorilor şi a mediului concurențial.

71. Principiul libertății activităților economice (al comerțului). Activitățile economice cu finalitate lucrativă (comerciale) nu pot să-şi atingă scopul fără recunoaşterea unei libertăți contractuale aplicată domeniului economic. Exercitarea de acte juridice cu finalitatea realizării unor activități de producție, comerț sau

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

prestări de servicii se situează într-o zonă a libertății aproape subînțeleasă astăzi. Principiul libertății comerțului și activității industriale a fost proclamat odată cu Revoluția Franceză. Dobândirea calității de comerciant nu putea face obiectul niciunei restricții[1].

Funcționarea piețelor din domeniul economic ar fi compromisă în lipsa consacrării egalității de șanse în privința alegerii și exercitării activităților economice (comerciale). Integrarea dreptului comercial în interiorul dreptului civil face ca libertatea comercială să se înscrie în libertatea contractuală proprie dreptului privat[2].

Constituția României declară economia națională ca fiind o economie de piață. În esență acest lucru implică garantarea proprietății private și ocrotirea unei piețe de mărfuri guvernată de legile cererii și ofertei. Statul își asumă rolul de garant al libertății comerțului, al protecției concurenței loiale, și creării cadrului favorabil valorificării tuturor factorilor de producție (art. 135).

Consfințind dreptul la muncă și alegerea profesiei, Constituția (art. 41), garantează implicit accederea la calitatea de profesionist comerciant. (Am putea vorbi, în termenii Codului civil, de profesiunea de „profesionist"). Prin aderare la Uniunea Europeană garanția operează pentru orice cetățean al Uniunii Europene în privința activităților desfășurate pe teritoriul uniunii.

Orice libertate individuală recunoscută trebuie să cunoască și îngrădiri dictate de protecția drepturilor terților și asigurarea unui acces egal la oportunitățile piețelor. Îngrădirile de protecție a libertății activitățile economice privesc capacitatea persoanei fizice de a desfășura o activitate economică, incapacitățile, incompatibilitățile și decăderile speciale precum și autorizațiile necesare pentru a putea desfășura o activitate economică. Toate aceste limitări sunt inerente asigurării unei libertăți comerciale care să țintească în mod nediferențiat subiectele de drept.

72. Capacitatea cerută persoanei fizice pentru a fi profesionist comerciant. Capacitatea juridică este percepută ca o capacitate de ramură, respectiv odată cu depășirea granițelor unui ramuri de drept trebuie verificată capacitatea juridică nouă, specifică ramurii de drept în care evoluăm. Valoarea de referință va fi reprezentată de capacitatea de drept comun, de drept civil (condițiile exercitării de drepturi și asumării de obligații prin încheierea de acte juridice în dreptul comun). Observarea domeniului economic al profesioniștilor indică lipsa limitărilor privind capacitatea persoanei de a face acte juridice specifice activităților economice.

Dispozițiile relevante din Codul comercial și din Decretul nr. 31/1954 privind persoanele fizice și juridice au fost înlocuite de prevederile moderne ale Codului civil[3]. În lipsa altor prevederi și în observarea necesității „exercitării sistematice a unei activități organizate" o persoană de drept poate satisface cerințele capacității juridice

---

[1] Vechiul Cod comercial (art. 7) exprima clar această idee: „Sunt comercianți aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită (...)". În același mod se exprimă și în prezent Codul comercial francez (art. L. 121-1). A se vedea *Y. Guyon*, op. cit., p. 39.

[2] Art. 1169 C.civ.: „Părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri".

[3] Codul civil, Cartea I (*Despre persoane*), Titlul II (*Persoana fizică*), Titlul IV (*Persoana juridică*).

a profesionistului dacă are capacitate deplină de exerciţiu[1]. Cu alte cuvinte capacitatea de ramură se pliază complet pe capacitatea de drept comun. Având o asemenea capacitate, persoana poate să-şi exercite drepturile şi să-şi asume obligaţii săvârşind acte juridice.

Per a contrario, nu au capacitatea de a fi profesionist comerciant: minorul şi persoana pusă sub interdicţie. Fiind lovite de incapacitate (art. 43 C.civ.), ele nu pot dobândi calitatea de profesionist comerciant. Nici capacitatea de exerciţiu restrânsă nu este compatibilă cu cerinţele exploatării unei întreprinderi.

Minorul nu are, în mod tradiţional, capacitatea de a fi comerciant, nici profesionist în prezent. Comentariile tradiţionale priveau şi *capacitatea femeii minore căsătorite*. În prezent condiţia minorului a fost uniformizată, dispărând diferenţele între femeie şi bărbat[2]. Într-adevăr, potrivit legii, minorii se poate căsători pentru motive temeinice la împlinirea vârstei de 16 ani, indiferent de sex, în condiţiile unei duble autorizări (încuviinţarea părinţilor şi autorizarea autoritarii de tutelă). În această situaţie de excepţie soţii dobândesc prin căsătorie capacitate deplină de exerciţiu, în condiţiile legii civile[3]. O asemenea normă era considerată ca acţionând în interiorul dreptului comun, fără reflecţii comerciale, faţă de caracterul autonom şi special al dreptului comercial (minorilor le era refuzată capacitatea de a fi comerciant, până la împlinirea vârstei de 18 ani, în temeiul Codului comercial). În prezent, unitatea dreptului privat face ca această conferire de excepţie a capacităţii depline de exerciţiu să nu cunoască nicio restricţie. Calitatea de profesionist, în condiţiile în care formele speciale de întreprinderi nu cunosc limitări[4], este accesibilă persoanei fizice odată cu dobândirea deplinei calităţi de exerciţiu.

73. Situaţia specială a minorului în întreprinderile familiale. Normele aplicabile întreprinderilor individuale[5], instituie o regulă specială de capacitate juridică pentru minori. În condiţiile legii minorii (care au îndeplinit vârsta de 16 ani) au

---

[1] Art. 38 şi 209 C.civ.

[2] Acest lucru se realizase deja sub regimul Codului familiei [modificat prin O.U.G. nr. 25/1997, Legea nr. 23/1999, DCC nr. 349/2001, Legea nr. 272/2004, Legea nr. 288/2007 (M.Of. nr. 749 din 5 noiembrie 2007) (art. 4) şi Decretul nr. 31/1954 (art. 8), ambele referindu-se la minorul căsătorit]. Vârsta minimă pentru căsătorie era de 18 ani, cu posibilitatea scăderii, în condiţiile Codului familiei, citat, la 16 ani, indiferent de sex. Aceasta soluţie este păstrată sub regimul noului Cod civil, art. 272 alin. (1) şi (2).

[3] Art. 39 C.civ. Reglementarea se regăsea în trecut în art. 8 alin. (3) din Decretul nr. 31/1954.

[4] De exemplu, art. 8 din O.U.G. nr. 44/2008 impune pentru persoanele fizice autorizate, titularii întreprinderii individuale şi reprezentantul întreprinderii familiale vârsta minimă de 18 ani, fără nicio diferenţiere.

[5] Art. 8 din O.U.G. nr. 44/2008 fixează condiţiile de vârstă pentru a fi comerciant, persoană fizică: vârsta de 18 ani, în cazul persoanelor fizice care solicită autorizarea pentru desfăşurarea de activităţi economice în calitate de PFA respectiv ca întreprinzători titulari ai unei întreprinderi individuale şi reprezentantul întreprinderii familiale, respectiv vârsta de 16 ani, în cazul membrilor întreprinderii familiale. Capacitatea deplină este conferită aici într-un caz special: minorul de 16 ani este membru într-o asociaţie familială care are, în mod obligatoriu, un reprezentant major.

capacitatea de a se angaja în activități economice. Capacitatea este însă una de excepție: privește strict membrii întreprinderii familiale care nu au calitatea de reprezentant al acestei întreprinderi (în cazul acestuia cerința capacității de exercițiu este cea de drept comun).

Tuturor membrilor întreprinderii familiale, deci și membrilor minori (care au împlinit vârsta de 16 ani), le este recunoscută calitatea de comercianți persoane fizice de la data înregistrării acesteia în registrul comerțului[1]. În terminologia actuală indusă prin modificarea „orizontală" operată prin Legea de punere în aplicare a Codului civil[2] membrii întreprinderii familiale sunt persoane de drept supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, respectiv termenul de *comerciant* nu poate fi echivalat cu cel de profesionist. Relația este una inversă. Termenul de *profesionist* este cele care include toți termenii anteriori cu rezonanță comercială: comerciant, întreprinzător, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale[3]. Mai mult, întreprinderea familială este un subiect de drept colectiv, fără personalitate juridică care participă la circuitul juridic pe seama unui patrimoniu de afectațiune propriu. Referirea la acest tip de profesionist ar trebui să privească subiectul colectiv de drept, nu fiecare membru al întreprinderii luat individual. În concluzie reținem pentru o întreprinderea colectivă (familială) o excepție în privința capacității juridice a membrilor întreprinderii, respectiv persoanele care nu au capacitatea deplină de exercițiu, dar au 6 ani împliniți pot participa la o astfel de întreprindere. În mod tradițional incapacitatea minorului privea începerea unui comerț, fără a fi o piedecă în continuarea acestuia, când minorul era succesorul unui comerciant. Legea permitea continuarea comerțului în numele minorului.

Normele prezente privind profesioniștii nu detaliază capacitatea specială necesară exploatării unei întreprinderi. În lipsa unor prevederi exprese rămâne să ne raportam la normele civile unitare privind capacitatea deplină de exercițiu.

74. Restricțiile privind exercitarea activităților economice, privind exploatarea întreprinderilor. Limitări speciale aplicabile întreprinderilor pot fi întâlnite și în mijlocul unei capacitați juridice depline, neștirbite, limitări edictate în realizarea unor scopuri speciale: păstrarea imparțialității și evitarea conflictului de interese sau urmărirea unor finalități punitive.

Este cazul incompatibilităților, a interdicțiilor și decăderilor care își au izvorul, fiecare, în premise normative bine conturate.

75. Incompatibilitățile. Activitățile economice organizate exercitate în mod sistematic sunt refuzate persoanelor investite într-o funcție publică sau care au exercițiul autorității. Prin Constituție funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul

[1] Art. 31 din O.U.G. nr. 44/2008.

[2] Art. 6 alin. (1) din Legea nr. 71/2011. Referirile la comercianți se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerțului, potrivit prevederilor art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului.

[3] Art. 8 din Legea nr. 71/2011.

superior (art. 125 din Constituția României). Același regim legal îl întâlnim și în privința procurorilor (art. 132) și a judecătorilor Curții Constituționale (art. 144). Din generalitatea dispozițiilor constituționale rezultă că persoanele care au funcțiile de judecător, procuror sau judecător al Curții Constituționale nu pot exploata o întreprindere.

Incompatibilități exprese sunt fixate și prin Legea privind funcționarii publici (Legea nr. 188/1999) și Legea care reglementează regimul incompatibilităților în exercitarea demnităților publice și funcțiilor publice[1]. O situație similară întâlnim și în privința profesiilor liberale[2]. Motivările date unor asemenea incompatibilități țin până la urmă de limitările recunoscute condiției umane. Funcția publică reclamă slujirea unui interes public, superior pe când activitățile economice sunt guvernate de o adevărată obsesie a câștigului, de canalizarea tuturor resurselor în direcția înfrângerii concurenței și asumarea unei poziții economice și financiare cât mai proeminente. Coexistența în aceeași persoană a unor motivații pentru ambele comportamente este considerată improbabilă[3]. După cum și rezistența în fața tentației de folosire a funcției ca avantaj concurențial poate fi slabă la majoritatea oamenilor.

Incompatibilitățile raportate la materia comercială privesc activități economice directe[4] (calitatea de comerciant persoană fizică din vechea reglementare) sau exercitarea de mandate de administrare în cadrul unor întreprinderi colective. Toate aceste incompatibilități rămân să fie aplicate în cadrul strict al legii fiindcă nu pot fi extinse la calitatea de profesionist în general. Nici măcar la cea de profesionist comerciant (care exploatează o întreprindere cu scop lucrativ). Comerciantul persoană fizică la care face referire textele în vigoare va fi interpretat în sensul legii de punere în aplicare a Codului civil, respectiv persoana fizică supusă înregistrării în registrul comerțului[5].

76. Decăderile. Domeniul comercial trebuie să excludă participanții care au „încălcat regulile jocului comercial". Condițiile de exercitare a activității economice privesc în acest caz onorabilitatea subiectelor de drept. Persoanele care s-au dovedit neoneste în actele lor economice trebuie eliminate pentru protejarea publicului (consumatori și alți profesioniști)[6]. Pedepsele sau sancțiunile complementare, decurgând din angajarea răspunderii penale sau contravenționale speciale au vocația de a îngrădi sau interzice activitatea comercială a persoanelor care au săvârșit fapte sancționate ca infracțiuni sau contravenții. Spectrul acestor sancțiuni urcă gradual până la interzicerea desfășurării de activități economice individualizate sau la interzicerea practicării unei profesii. Legea societăților identifică persoanele care nu

---

[1] Cartea I, Titlul IV din Legea nr. 161/2003, cu modificările ulterioare.

[2] Art. 12 din Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, art. 35 din Legea nr. 36/1995 – Legea notarilor publici și a activității notariale, art. 14 din Legea nr. 306/2004 privind exercitarea profesiei de medic, precum și organizarea și funcționarea Colegiului Medicilor din România.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., p. 46.

[4] Art. 82 alin. (1) din Legea nr. 161/2003.

[5] Art. 6 din Legea nr. 71/2011.

[6] *Y. Guyon*, op. cit., p. 44.

pot avea calitatea de fondatori ai unor asemenea întreprinderi şi nici pe cea de membri ai organelor de administrare sau control (administratori, directori, membri ai consiliului de supraveghere si ai directoratului, cenzori sau auditori financiari) ai societăţilor ca urmare a angajării răspunderii penale[1].

Legea pieţei de capital indică, cu titlu de sancţiune, interdicţia de desfăşurare de activităţi economice specifice (din domeniul reglementat de lege)[2].

Legislaţia prezentă edictată în domeniul protecţiei consumatorilor stabileşte la rândul ei sancţiuni care pot prevedea şi „retragerea definitivă, după caz, a avizului, acordului sau a autorizaţiei de exercitare a unei activităţi"[3].

77. Interdicţiile. În mod excepţional, unele întreprinderi pot fi supuse unor interdicţii. Prin hotărâre de Guvern[4] au fost stabilite (având în vedere şi art. 287 LS), activităţile care nu pot face obiectul unei societăţi: activităţile care, potrivit legii penale, constituie infracţiuni sau sunt contrare unor alte dispoziţii legale cu caracter imperativ; activităţile care constituie, în condiţiile stabilite de lege, monopol de stat; fabricarea sau comercializarea de droguri sau narcotice în alt scop decât de medicament; imprimarea hârţilor cu caracter militar etc.

Interdicţiile privind activităţile economice privesc protejarea interesului public şi a ordinii de drept. Existenţa lor este subordonată unui scop precis şi reprezintă excepţia care nu subminează principiul libertăţii economice.

Situaţia monopolului de stat, enumerată în cazul interdicţiilor privind activităţilor economice are un regim special, respectiv aceste activităţi pot fi încredinţate de stat întreprinderilor economice în temeiul unui act administrativ, licenţa. Monopolul nu înseamnă aici rezervarea pentru exploatarea directă a unor activităţi de către stat, ci controlul strict asupra acestora prin regimul de licenţiere[5].

78. Autorizaţiile. Exploatarea unei întreprinderi individuale sau colective care urmăreşte exercitarea unor anumite activităţi economice poate fi condiţionată de

---

[1] Art. 6 alin. (2) şi art. 73[1] LS. Decăderea este atrasă de un număr delimitat de infracţiuni: gestiune frauduloasa, abuz de încredere, fals, uz de fals, înşelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, pentru infracţiunile prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea şi sancţionarea spălării banilor, precum şi pentru instituirea unor masuri de prevenire si combatere a finanţării actelor de terorism, pentru infracţiunile prevăzute de art. 143-145 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolventei şi de cele din Legea nr. 31/1990.

[2] Art. 273 alin. (4) din Legea nr. 297/2004. Legea stabileşte ca sancţiuni contravenţionale complementare în domeniu: suspendarea autorizaţiei; retragerea autorizaţiei; interzicerea pentru o perioadă cuprinsă între 90 de zile şi 5 ani a dreptului de a ocupa o funcţie, de a desfăşura o activitate sau de a presta un serviciu pentru care se impune autorizarea în condiţiile acestei legi.

[3] Dreptul consumerist, o subramură civilă nouă, are ca izvoare juridice principale: O.G. nr. 21/1992 privind protecţia consumatorilor [art. 56 alin. (1) lit. d)], republicată (M.Of. nr. 208 din 28 martie 2007), cu modificările ulterioare; Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului (M.Of. nr. 224 din 24 martie 2008), cu modificările ulterioare; Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianţi şi consumatori etc.

[4] H.G. nr. 1323/1990 în legătură cu unele măsuri pentru aplicarea Legii privind societăţile comerciale (M.Of. nr. 149 din 27 decembrie 1990), modificată prin H.G. nr. 538/1993.

[5] Art. 2 din Legea nr. 31/1996 privind monopolul de stat.

existența unei autorizații administrative. Şi regimul autorizării este unul de excepție impus de necesitatea protecției sporite asigurate persoanele în anumite domenii de activitate. Deşi dreptul comercial este ramură a dreptului privat şi împrumută de la acesta caractere generale precum egalitatea părților în privința raporturilor juridice guvernate de norma civilă tendințele noi sunt de supraveghere şi intervenție economică acolo unde raporturile juridice sau mediul concurențial este puternic distorsionat. Teoria liberală a statului minimal propovăduia retragerea statului din economie pentru ca forțele pieței să stabilească un echilibru natural între jucătorii economici. Evoluțiile ulterioare şi tendințele de monopolizare a piețelor sau abuzarea de poziții privilegiate în materie contractuală sau pur economică au dus la reconsiderarea poziției statului şi a instituțiilor sale în mediul economic. Experiența a demonstrat ca forțele pieței libere pot fi înfrânte de înțelegeri şi tehnici frauduloase astfel încât statul trebuie să facă pasul înapoi în ringul economic pentru a restabili echilibrele şi a putea să îşi realizeze politicile economice pe care vrea să la implementeze. Publicizarea dreptului comercial este o consecință a intervenționismului statal în economie pentru protejarea intereselor generale în față asaltului individualismului capitalismului primitiv.

Modalitatea cea mai eficientă de control economic nu este supralegiferarea şi instituirea de sisteme sancționatorii cât mai draconice cât instituirea de autorități administrative autonome, posesoare a unei experiențe şi specializări extreme într-un domeniu, autorități înarmate cu competențe normative, de supraveghere, control şi sancționare în acele domenii. Activitățile economice puternic specializate (instituții de credit, societăți de asigurare, societăți de servicii de investiții financiare) vor putea fi săvârşite de profesionişti subsecvent obținerii unei autorizări (acte administrative unilaterale individuale) din partea unei autorități administrative (Banca Națională a României, Autoritatea de Supraveghere Financiară).

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITARĂ

Capitolul VII
Obligațiile profesioniștilor-comercianți

Secțiunea 1. Publicitate și raportare

79. Origini și izvoare europene. Dimensiunea europeană a dreptului comercial s-a afirmat în primul rând odată cu instituirea unor cerințe de publicitate echivalente[1] pentru comercianții sau „profesioniștii" naționali. Odată început, procesul de uniformizare a continuat cu reglementarea europeană a societății pe acțiuni[2], operațiunile de fuziune și divizare, uniformizarea contabilă, statutul auditorilor și consolidarea conturilor etc. Scopul unor asemenea armonizări țintește protecția terților și securitatea raporturilor juridice în care este angrenată, prin reprezentanți, societatea. Cerințele de publicitate se traduc în obligații specifice care incumbă profesioniștilor comercianți, în crearea unui „fișier" public care să conțină informațiile relevante despre fiecare profesionist.

Publicitatea actelor și faptelor ce privesc profesioniștii este urmată în armonizarea europeană de cerințe de reflectare și raportare contabilă. Nu în ultimul rând, profesioniștii comercianți sunt ținuți de reguli care privesc concurența loială și protecția consumatorilor.

Obligațiile profesioniștilor tind spre uniformizare în Uniunea Europeană datorită ambiției declarate a unei *piețe comune*. O asemenea construcție impune așteptări comune oriunde pe teritoriul uniunii în privința unui standard minim de obligații care privesc comercianții deveniți profesioniști în peisajul normativ românesc.

Comerțul a fost privit în evoluția sa ca o profesie, ca o îndeletnicire cu caracter de stabilitate care impune prezervarea unor relații comerciale, repetitivitatea unor contracte împinsă uneori până la specializare extremă. Noțiunea prezentă de profesionist face pleonastică referirea la profesie, dar ea continuă să includă o exercitare „sistematică" a activității economice. O asemenea profesie atrage și obligații specifice de natură comercială și fiscală. Dincolo de asocierile profesionale voluntare ale comercianților legiuitorul a simțit nevoia să impună forme obligatorii de evidență și publicitate. Accederea liberă la profesia comercială este dublată de o responsabilizare a

---

[1] Prima Directivă a Consiliului, 68/151/CEE, din 9 martie 1968, „asupra coordonării garanțiilor care, pentru protecția intereselor membrilor și a altora, sunt cerute companiilor de statele membre în înțelesul art. 58 parag. 2 din Tratat, în scopul realizării echivalenței acestor garanții în întreaga Comunitate" (JOCE L 65 din 14 martie 1968, p. 8). În scopul consolidării modificărilor, cu modificări minime totuși, această directivă a fost abrogată și înlocuită cu Directiva 2009/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului din data de 16 septembrie 2009 (JOUE L 258 din 1 octombrie 2009, p. 11). Opera de uniformizare este limitată totuși la tipurile de societăți naționale enumerate în directivă.

[2] A doua Directivă de drept societar din 13 decembrie 1976, modificată ulterior în anul 1992 și în 2006 (JOUE L 25 septembrie 2006, p. 264).

BCU CLUJ / UNIVERSITY LIBRARY

acestora prin dezvăluirea către public, și a partenerilor de afaceri, a tuturor informațiilor relevante despre activitățile comerciale ale profesionistului și organizarea întreprinderii sale.

80. Publicitatea prin registrul comerțului. Scopul declarat al reglementărilor, naționale și europene, este stabilirea unui nivel minim de publicitate a elementelor importante privitoare la profesioniștii comercianți, în principal pentru protecția intereselor terților și salvgardarea circuitului comercial în care este inclus profesionistul comerciant. În special materia societăților cu personalitate juridică este interesată de limitarea cât mai mult posibil a obligațiilor juridice asumate în numele societății, contractate cu terții, care ulterior nașterii lor pot fi sustrase opozabilității față de societate și limitarea efectelor nulității aplicate societății comerciale.

Prima directivă europeană în materia societăților[1], regăsită prin fenomenul de armonizare normativă în dreptul național al fiecărui stat din toată Uniunea Europeană, fixează trei reguli de bază, intenționând să protejeze terții care contractează cu societățile: înființarea unei înregistrări (un fișier) cu anumite informații impuse, pentru fiecare societate (profesionist comerciant *în extenso*) într-un registru comercial care acoperă un teritoriu dat; armonizarea regulilor naționale privind validitatea obligațiilor asumate în numele societății (incluzând societățile în curs de înființare) și răspunderea societăților pentru aceste obligații; stabilirea exhaustivă a cauzelor de nulitate a societăților.

Publicitatea națională, prin registrul comerțului, este reglementată în România prin Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, cu modificările ulterioare.

Registrul comerțului național este organizat de Oficiul Național al Registrului Comerțului, instituție publică, cu personalitate juridică, organizată în subordinea Ministerului Justiției[2]. La nivel teritorial, registrul comerțului este ținut de oficiile registrului comerțului care funcționează pe lângă tribunale (circumscripțiile fiind județene), organizate în subordinea Oficiului Național al Registrului Comerțului. Controlul de legalitate specific materiei comerciale (constituirea societăților și înregistrarea de mențiuni privitoare la acestea, dar și înregistrări privind profesioniștii în general) este realizat în prezent de directorul oficiului sau persoane desemnate de acesta până la preluarea acestei atribuții de registratorii comerciali[3]. Instituția judecătorului delegat al tribunalului competent a cedat atribuțiile acestor noi categorii profesionale. Controlul realizat pe cale jurisdicțională va subzista doar în privința înregistrărilor sensibile din domeniul societar (fuziuni, divizări etc.).

81. Finalitatea publicității aferente persoanelor care efectuează activități economice. În spiritul primei directive europene de drept societar, registrul comerțului este public, realizând un serviciu de interes general[4]. Persoanele interesate pot lua cunoștință de înregistrările cuprinse în registrul comerțului.

---

[1] În prezent, Directiva 2009/101/CE.

[2] Competențele camerelor de comerț în domeniu au fost înlăturate.

[3] O.U.G. nr. 116/2009 pentru instituirea unor măsuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului, modificată.

[4] *V. Nemeș*, op. cit., p. 38.

Legea instituie o obligație pentru profesioniștii-comercianți, alături de orice persoană de drept care intenționează să desfășoare activități economice, ca înainte de începerea comerțului să parcurgă o procedură administrativă finalizată prin înmatricularea în registrul comerțului, iar în cursul exercitării activității să ceară înscrierea în același registru a mențiunilor privind actele și faptele a căror înregistrare este prevăzută de lege.

Persoanele fizice și juridice vizate de obligația de înregistrare sunt: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, societățile, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interese economice, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste, societățile europene, societățile cooperative europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România[1]. Enumerarea este una deschisă fiindcă legea impune aceeași obligație și altor „persoane fizice și juridice" prevăzute de lege.

Intenția legiuitorului, ulterior noului Cod civil, pare a fi aceea de a supune obligației generale de înregistrare în registrul comerțului cel puțin profesioniștii care exploatează o întreprindere în scop lucrativ. Observăm că sunt enumerate cu atenție în izvorul normativ întreprinderile individuale și cele colective.

În mod tradițional efectul înregistrării în registru era în primul rând o prezumție de comercialitate, respectiv toate persoanele înscrise în registru sunt prezumate ca fiind comercianți[2] (profesioniști în prezent). Ceea ce scapă însă legiuitorului prezent, așa cum am arătat, este forma întreprinderii colective fără personalitate juridică, societatea simplă, proaspăt reglementată în mod detaliat de Codul civil. Dacă soluția normativă va rămâne aceeași, acest profesionist va fi unul ocult, fără transparență pentru mediul comercial și va compromite finalitatea urmărită de registrului comerțului, de oglindă a activității și a actorilor din domeniul comercial. Sub vechea reglementare registrul comerțului acoperea în mod riguros categoria comercianților de la acea dată.

„Fișierul public" privind fiecare întreprindere înregistrată în registrul comerțului va subzista pe toată durata de viață (existența juridică) a profesionistului, un „extras de registru" fiind disponibil oricărei persoane interesate de a cunoaște situația la zi a întreprinderii[3].

Textul normativ impune publicitatea obligatorie pentru întreprinderi în privința a cel puțin unui număr minim de documente și fapte cu un impact potențial crescut asupra raporturilor juridice în care acestea participă, precum: actele de constituire; orice amendament la aceste acte constitutive; numirea, încetarea și datele privind persoanele care, ca un organ colectiv sau ca membrii în asemenea organe au puterea

---

[1] Legea nr. 26/1990, cu modificările ulterioare.

[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 292.

[3] Art. 9 alin. (3) din Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice: „Pe parcursul existenței persoanei juridice dovada privind starea acesteia, referitoare la funcționare, dizolvare, reorganizare, lichidare, insolvență, reorganizare judiciară, faliment sau suspendare temporară a activității, se face cu *extrasul de registru* (*s.n.*) emis de oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunal, valabil 30 de zile de la data emiterii".

să reprezinte întreprinderea în relaţiile cu terţii sau în proceduri legale, sau iau parte în administrarea, supervizarea sau controlul societăţii etc.

Implementarea obligaţiilor de publicitate impuse imperativ întreprinderilor a condus la instituirea unei structuri specializate în depozitarea datelor esenţiale despre întreprinderi, registrul comerţului, o veritabilă interfaţă primitoare şi uşor accesibilă pentru fiecare destinatar al informaţiilor.

Cei păgubiţi prin înregistrările efectuate în registrul comerţului au la dispoziţie o acţiune specială; ei pot cere radierea acestor înregistrări în condiţiile art. 25 din Legea nr. 26/1990.

82. Organizarea şi ţinerea contabilităţii aferente activităţii economice. Fiecare profesionist ţine anumite registre speciale, cu scop de reflectare corectă a situaţiei sale economice. Aceste registre interesează asociaţii întreprinderii, terţii cu intenţii de investire (în situaţia în care statutul juridic al întreprinderii permite emiterea de instrumente financiare, în particular valori mobiliare) şi administraţia fiscală. Finalitatea fiscală a încetat să fie principala raţiune a reglementărilor din materia contabilă şi de audit financiar însă este cea care obligă profesionistul la o anumită disciplină şi standardizare a reflectării scriptice a activităţii sale economice.

Obligaţiile financiar-contabile ale întreprinderilor sunt prevăzute în principal de Legea contabilităţii, nr. 82/1991[1], Codul Fiscal şi reglementările administrativ-normative emise în temeiul acestuia şi pornesc de la un mod standardizat, impus, de ţinere a registrelor contabile ale întreprinderii.

Directivele europene care tratează conturile societăţilor[2] urmăresc realizarea unor raportări contabile în forme similare, în privinţa situaţiilor contabile ale societăţilor, pe tot cuprinsul Uniunii. Procesul de uniformizare este unul în continuă fixare normativă, urmărind evoluţiile globale ale standardelor de raportare contabilă. Din cauza acestei continue reaşezări a poziţiei europene în domeniul exprimării situaţiilor financiare ale societăţilor textul directivei în cauză a suferit probabil cele mai multe amendamente de-a lungul timpului.

Efectul principal al directivelor din domeniu este uniformizarea raportărilor contabile. Pornind de la una din ţintele reglementării – oferirea unei imagini fidele a patrimoniului, a situaţiei financiare şi a rezultatelor societăţii – textul normativ european impune structuri cu caracter obligatoriu pentru forma de prezentare şi conţinutul situaţiilor financiare (al contului de profit şi pierderi şi conţinutul minim al anexelor etc.) precum şi al raportului de gestiune.

Situaţia financiară anuală se compune, în sensul legislaţiei contabile armonizată cu normele europene, din bilanţ, cont de profit şi pierdere, situaţia modificării capitalului propriu, situaţia fluxurilor de trezorerie, politici contabile şi note explicative.

Dimensiunea întreprinderii atrage simplificări importante în structura acestor documente contabile, în conţinutul obligaţiilor de raportare ale întreprinderilor.

---

[1] Legea nr. 82/1991, republicată (a patra oară) (M.Of. nr. 454 din 18 iunie 2008), modificată prin O.U.G. nr. 37/2011.

[2] În principal, Directiva a IV-a, 78/660/CEE, din 25 iulie 1978, întemeiată pe art. 54 alin. (3) lit. g) Tratatul CEE, în privinţa situaţiilor financiare anuale ale anumitor tipuri de societăţi.

Obligațiile ținerii registrelor contabile precum și obligațiile fiscale impuse diferă fundamental de la o formă de întreprindere la alta. Profesioniștii, ca noțiune comercială, nu există dincolo de acest domeniu și nu au relevanță fiscală. Codul fiscal tratează separat profesioniștii care exploatează întreprinderi organizate sub forma societăților cu personalitate juridică (impozit pe profit) și profesioniștii care operează întreprinderi individuale (impozit pe venit). Aceste ultime categorii folosesc în principiu un sistem simplificat de evidență contabilă (contabilitate simplă). Studiul reflectării fiscale a activității profesioniștilor nu are nicio relevanță comercială cât timp această materie fiscală ignoră total instituțiile de drept comercial.

Secțiunea a 2-a. Caracterul licit al activității economice

83. Preambul. Principiile pieței libere nu ajung să guverneze realitatea economică decât în condiții de liberă competiție, de concurență reală între profesioniștii comercianți.

Crearea pieței interne europene presupune evoluția liberă a profesioniștilor comercianți în condiții de piață internă unică.

84. Prezervarea unui mediu concurențial. Legea privind concurența[1] exclude dintre practicile comerciale licite înțelegerile dintre întreprinderi, deciziile asociațiilor de întreprinderi și orice practici concertate care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței[2], folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața românească sau pe o parte substanțială a acesteia[3] după cum reglementează și concentrările economice cu impact potențial asupra prezervării unui mediu concurențial[4].

Legislația internă în domeniu a trebuit să se alinieze la cerințele izvoarele europene de drept al concurenței care instituie competențe clare pentru Comisia Europeană în materia concurenței și a ajutorului de stat[5]. Ultima modificare în domeniu subliniază aplicarea la întreprinderi a prevederilor legii și definește întreprinderea ca fiind orice operator economic angajat într-o activitate constând în oferirea de bunuri sau de servicii pe o piață dată, independent de statutul său juridic și de modul de finanțare, astfel cum este definită în jurisprudența Uniunii Europene[6].

Consiliului Concurenței. Acesta este o autoritate administrativă autonomă în domeniul concurenței, cu personalitate juridică, care are sediul în municipiul

---

[1] Legea nr. 21/1996 – Legea concurenței, modificată prin O.U.G. nr. 121/2003, republicată în 2005 și modificată ulterior prin O.U.G. nr. 75/2010 (M.Of. nr. 459 din 6 iulie 2010) și Legea nr. 149/2011 (M.Of. nr. 490 din 11 iulie 2011).

[2] Art. 5 din Legea nr. 21/1996.

[3] Art. 6 din Legea nr. 21/1996.

[4] Art. 9 din Legea nr. 21/1996.

[5] Izvoarele de drept european incidente sunt primare (art. 101 și 102 TFUE) și secundare, Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la art. 81 și 82 din tratat (devenite după Tratatul de Reformă art. 101 și 102 TFUE).

[6] Legea nr. 21/1996 în forma modificată prin Legea nr. 149/2011.

Bucureşti[1]. Atribuţia principala a Consiliului Concurenţei, deşi aceasta apare ultima într-o înşiruire normativă, este aceea de autoritate naţională de concurenţă care are drepturile şi obligaţiile prevăzute de Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1/2003 şi cele prevăzute de Regulamentul Consiliului (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 22 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi[2].

Consiliul Concurenţei devine astfel autoritatea cu puteri în supravegherea, investigarea şi sancţionarea practicilor anticoncurenţiale clasice deja: înţelegerile sau deciziile de asociere ale întreprinderilor care urmăresc denaturarea în orice mod a concurenţei pe piaţa supravegheata, folosirea abuziva a unei poziţii dominante şi operaţiunile de concentrare economică care ridică obstacole semnificative în calea concurenţei.

Din punct de vedere funcţional Consiliul Concurenţei este un organ colegial, format din şapte membri: un preşedinte, doi vicepreşedinţi şi patru consilieri de concurenţă numiţi de către Preşedintele României, la propunerea Colegiului Consultativ al Consiliului Concurenţei, cu avizul Guvernului şi după audierea de către Parlament. Durata mandatului membrilor Consiliului Concurenţei este limitat la cinci ani cu posibilitatea reînvestirii limitată la cel mult încă un mandat.

Inspectorii de concurenţă sunt funcţionari publici de specialitate care realizează atribuţiile profesionale în interiorul Consiliului Concurenţei, în acord cu reglementările privind funcţia publică şi funcţionarii publici. Nomenclatorul de funcţii al aparatului propriu, condiţiile de încadrare şi promovare sunt stabilite prin regulament al Consiliului Concurenţei.

85. Practicile anticoncurenţiale. Legea concurenţei dispune interzicerea oricăror decizii ale asociaţiilor de întreprinderi şi orice practici concertate care au efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenţei în cadrul pieţei româneşti[3]. Practicile anticoncurenţiale sunt mai largi decât cele europene, incluzând alături de cele din izvorul european şi participarea în mod concertat cu oferte trucate la licitaţii şi eliminarea de pe piaţă a altor concurenţi sau izolarea acestora (interdicţii de cumpărare sau vânzare) fără o justificare rezonabilă[4].

Restrângerea acţiunii normei prohibitive este trasată identic cu cea din textul tratatului european, respectiv practicile anticoncurenţiale redate scapă interdicţiei legale dacă contribuie la îmbunătăţirea unui sector economic ori la promovarea progresului tehnic sau economic făcând şi consumatorii „părtaşi" la avantajele obţinute din practica respectivă şi nu impun întreprinderilor implicate restricţii dincolo de scopurile urmărite şi nu oferă întreprinderilor un instrument pentru eliminarea concurenţei de pe o parte substanţială a pieţei produselor vizate. La fel ca în textul european condiţiile sunt strict

---

[1] Art. 16 din Legea nr. 21/1996, cu modificările ulterioare.

[2] Art. 26 alin. (3) din Legea nr. 21/1996, cu modificările ulterioare.

[3] Art. 5 din Legea nr. 21/1996.

[4] Art. 5 alin. (1) lit. f) şi g) din Legea nr. 21/1996. Practicile privesc participarea, în mod concertat, cu oferte trucate la licitaţii sau la orice alte forme de concurs de oferte şi cele care elimină de pe piaţă alţi concurenţi, limitează sau împiedică accesul pe piaţă şi libertatea exercitării concurenţei de către alte întreprinderi, precum şi înţelegerile de a nu cumpăra de la sau de a nu vinde către anumite întreprinderi fără o justificare rezonabilă.

cumulative, astfel încât compromisul acceptat în domeniul concurențial să unul care să promoveze progresul fără distorsionarea inutilă și nenecesară a mediului concurențial[1].

Abuzul de poziție dominantă. Urmând tradiția europeană și legislația internă tratează în mod distinct înțelegerile anticoncurențiale dintre întreprinderi de abuzul de poziție dominantă realizată de una sau mai multe întreprinderi, deși în ipostaza secundă (existența mai multor întreprinderi care acționează în „concert") reglementările se suprapun în parte. Și în acest context legiuitorul național introduce alături de practicile abuzive identificate la nivel european și figuri normative proprii. Acestea privesc anumite politici de *dumping* interne sau doar pe pieţele externe și exploatarea unor poziții favorabile în raporturile juridice cu cocontractanții[2].

Concentrarea economică în dreptul intern. Concentrarea economică este una din căile spre coagularea unor cote de piață semnificative, spre transformarea pieței concurențiale într-o piață de tip oligopol sau monopol. Scrutarea acestui tip de restructurare economică este importantă fiindcă altfel interdicțiile privind practicile neconcurențiale pot fi depășite pe o cale legală facilă. Fuziunea, dobândirea controlului asupra altor întreprinderi sau constituirea de „societăți în comun" sunt căi de accedere la o cotă de piață relevantă sporită. Tocmai finalitatea acestor operațiuni le fac să fie supravegheate de către aceeași autoritate administrativă: Consiliul Concurenței. Fuziunile indicate de actul normativ sunt complet reglementate de legislația societară. Atenție deosebită rămâne să capteze concentrarea economică realizată pe calea controlului direct sau indirect asupra uneia sau mai multor întreprinderi.

86. Răspunderea angajată de practicile anticoncurențiale. *Răspunderea contravențională.* Regimul sancționator instituit de legea cadru a concurenței este unul orientat spre răspunderea administrativă. O atribuție importantă a Consiliului Concurenței este aceea de „agent constatator", de autoritate care aplică sancțiuni pentru contravenții fie direct de către plenul Consiliului, fie de către comisii fie de către inspectorii de concurență, conform competențelor conferite de lege[3]. Conformația diferită a agentului constatator atrage regimuri legale diferite[4]. Plenul și comisiile

---

[1] Art. 5 alin. (2) din Legea nr. 21/1996, respectiv art. 101 alin. (3) TFUE.

[2] Art. 6 alin. (1) lit. e), f) din Legea nr. 21/1996. Practicile privesc prețurile necorelate cu valoare economica (de producție sau procurare) „de ruinare", în scopul înlăturării neloiale a concurenților, ori vânzarea doar la export în aceste condiții concomitent cu acoperirea pierderilor pe seama unor prețuri majorate solicitate consumatorilor interni și profitarea de starea de dependență în care se găsește o întreprindere cocontractanta datorită lipsei soluțiilor alternative de contractare pe piața sau încetarea raporturilor juridice în aceste condiții având ca singur temei neacceptarea unor condiții comerciale nejustificate.

[3] Art. 55 din Legea nr. 21/1996. Astfel, plenul Consiliului Concurenței, prin decizie, constata si aplica sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 51 alin. (1) lit. a)-c). Comisiile Consiliului Concurenței, tot prin decizie, aplică sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 50 lit. a)-c), art. 50[1], art. 51 alin. (1) lit. d) și e) și amenzile cominatorii prevăzute la art. 54. Inspectorii de concurență aplică sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 50 lit. d) și e).

[4] Ordinul nr. 519/2010 pentru punerea în aplicare a Regulamentului privind constatarea contravențiilor și aplicarea sancțiunilor de către Consiliul Concurenței (M.Of. nr. 705 din 22 octombrie 2010). Prevederile legii concurenței privind regimul sancționator, inclusiv forma actelor juridice de sancționare, este reluată detaliat de actul administrativ normativ. Acesta

Consiliului emit decizii de sancţionare care urmează regimul administrativ general, făcând obiectul acţiunilor în contencios administrativ de competenţa exclusivă a Curţii de Apel Bucureşti, Secţia contencios administrativ, în termen de 30 de zile de la comunicare. Aceste decizii pot fi însoţite şi de măsuri complimentare de confiscare a veniturile suplimentare realizate de agenţii economici ca urmare a săvârşirii contravenţiilor prevăzute şi sancţionate de prezenta lege care urmează acelaşi regim legal[1]. Specifică domeniului este şi publicarea deciziilor Consiliului în Monitorul Oficial, Partea I, pe cheltuiala contravenientului şi postarea pe pagina de internet a Consiliului.

În cazul actelor instrumentate de inspectorii de concurenţă, acestea sunt procese-verbale de aplicare a sancţiunilor contravenţionale supuse normelor contravenţionale speciale, inclusiv în privinţa competenţei[2]. Materia contravenţională se bucură de o atenţie normativă sporită, respectiv dincolo de regulamentul special privind aplicarea sancţiunilor de către Consiliu a fost considerată necesară şi emiterea de instrucţiuni speciale pentru individualizarea contravenţiile prevăzute de lege[3]. Criteriile de individualizare pleacă de la direcţiile trasate de legea cadru: gravitatea şi durata faptei. Alături de aceste elemente textul legal induce şi ideea de circumstanţe (atenuantă sau agravantă) care ajută la fixarea în concret a contravenţiilor în interiorul plajei valorice legale.

Răspunderea patrimonială. Răspunderea contravenţională nu epuizează efectul sancţiunilor legale ataşate mecanismelor de protecţie concurenţială. Profitul, veniturile suplimentare rezultate din activităţile contrare mediului concurenţial, în calitate de bunuri ilicite, nu se cuvin întreprinderilor sancţionate. Ca regulă, aceste venituri sunt confiscate şi vărsate la bugetul de stat[4] pentru ca măsura contravenţională să nu fie „atenuată" de profitul obţinut. Din punct de vedere al dreptului comun actele (înţelegerile, deciziile, angajamentele, convenţiile etc.) cu finalitate anticoncurenţiale sunt declarate nule de drept[5]. Măsura confiscării complementare sancţiunii contravenţională nu epuizează efectele patrimoniale. Dreptul la acţiune al persoanelor

---

acoperă toate competenţele Consiliului, inclusiv cele din materia ajutorului de stat, reglementat de O.U.G. nr. 117/2006 cu modificările ulterioare.

[1] Art. 55 alin. (6) din Legea nr. 21/1996.

[2] Art. 56 din Legea nr. 21/1996. Acestea sunt reprezentate de O.G. nr. 2/2001, cu modificările şi completările ulterioare. Procesele-verbale prin care se aplică sancţiuni se atacă la Judecătoria Sectorului 1 Bucureşti, în termen de 15 zile de la comunicare. Hotărârea judecătoriei se poate ataca la Tribunalul Bucureşti, secţia contencios administrativ, în termen de 15 zile de la comunicare.

[3] Regulamentului privind constatarea contravenţiilor şi aplicarea sancţiunilor de către Consiliul Concurenţei [aprobat prin Ordinul nr. 519/2010 (M.Of. nr. 705 din 22 octombrie 2010], Instrucţiunile privind individualizarea sancţiunilor pentru contravenţiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenţei nr. 21/1996 (M.Of. nr. 638 din 10 septembrie 2010) (aprobate prin Ordinul nr. 420/2010), Instrucţiunile privind individualizarea sancţiunilor pentru contravenţiile prevăzute la art. 50 şi 50[1] din Legea concurenţei nr. 21/1996 (aprobate prin Ordinul nr. 419/2010) (M.Of. nr. 638 din 10 septembrie 2010).

[4] Art. 55 alin. (6) din Legea nr. 21/1996.

[5] Art. 49 din Legea nr. 21/1996.

direct prejudiciate de practicile anticoncurențiale nu este limitat de demersul administrativ.

Persoanele fizice sau juridice prejudiciate printr-o practică anticoncurențială prohibită de legea cadru a concurenței (dar și de prevederile aplicabile din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (art. 101 sau 102) pot acționa împotriva întreprinderilor cauzatoare pe tărâmul răspunderii delictuale, în condițiile de angajare a acesteia.

Răspundere penală. Practicile comerciale interzise prin legea concurenței pot atrage și răspunderea penală a participanților la aceste scheme. Elementul material al laturii obiective a conținutului constitutiv al infracțiunii[1] este reprezentat de „concep-erea, organizarea sau realizarea practicilor interzise" prevăzute de reglementarea practicilor anticoncurențiale [art. 5 alin. (1) din Legea concurenței].

Latura subiectivă include o formă calificată de intenție, „intenție frauduloasă". Aceasta pare a se referi la o intenție directă dublată de un mobil special: fraudarea normelor aplicabile domeniului concurenței. Implicarea „in mod determinant" prevăzută de textul infracțiunii poate privi latura obiectivă a elementului material semnificând implicarea și realizarea unei părți semnificative din actele specifice alternativei particulare de realizare a elementului material la infracțiunii. Formularea infracțiunii speciale din legea concurenței sugerează lipsa unei incidențe „automate" a răspunderii penale, cum este și normal, odată cu stabilirea condițiilor răspunderii contravenționale. Elementul subiectiv calificat și caracterul determinant apără cel puțin o parte (dacă nu toți) dintre participanții la o înțelegere interzisă de legea concurenței.

În mod particular, datorită și a contextului tehnic și specializat al materiei, acțiunea penală în privința acestei infracțiuni nu se exercită din oficiu, ci la sesizarea Consiliului Concurenței.

Sancțiunea prevăzută de infracțiune cuprinde și pedeapsa complementară a interzicerii dreptului de a ocupa o funcție, de a desfășura o profesie sau activitate de natura celor folosite de condamnat în comiterea infracțiunii, iar hotărârea definitivă de condamnare poate fi publicată în presă.

87. Concurența neloială. Dreptul intern a păstrat și un izvor normativ mai vechi, Legea nr. 11/1991[2], care fixează practicile oneste și sancționează folosirea unor mijloace nelicite pentru atragerea clientelei (concurență neloială).

Prin modul negativ de reglementare (identificarea manifestărilor neloiale) se poate identifica domeniul complementar al comportamentului concurențial loial, al exercitării activităților economice cu bună-credință și conform uzanțelor cinstite.

Confuzia. Acest act de concurență neloială presupune folosirea fără drept a unui atribuit de identificare sau alt element asupra căruia un comerciant deține în mod legal un drept de folosirea exclusivă (firmă, invenție, marcă, indicație geografică, desen sau model industrial, topografie de circuit integrat, emblemă sau ambalaj)[3].

---

[1] Art. 60 din Legea nr. 21/1996.

[2] Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale (M.Of. nr. 24 din 30 ianuarie 1991), cu modificările ulterioare, inclusiv prin Legea nr. 21/1996, în forma sa finală.

[3] Art. 5 din Legea nr. 11/1990.

Producerea, importul, exportul, depozitarea sau vânzarea unor mărfuri sau servicii purtând mențiuni false privind drepturile de proprietate intelectuale folosite intră în aceeaşi categorie a confuziei dacă rezultatul este inducerea în eroare a consumatorilor si a celorlalți agenți economic.

Denigrarea. Acest act neloial implică comunicarea sau răspândirea în public de către un profesionist de afirmații mincinoase asupra întreprinderii sau Mărfurilor ori serviciilor unui concurent, afirmații de natură să dăuneze bunului mers al întreprinderii concurente.

Dezorganizarea. Acest act constă în oferirea, promiterea sau acordarea de avantaje materiale salariatului unui profesionist sau reprezentanților acestuia în scopul aflării procedeelor sale industriale, pentru a atrage clientela sa sau pentru orice alte folos în dauna concurentului[1].

Acapararea clientelei prin oferirea de avantaje. Acest este săvârşit prin atragerea de clientelă în mod neloial. De exemplu, prin încheierea de contracte mai avantajoase pentru client cu condiția aducerii de către acesta a altor cumpărători cu care comerciantul să încheie contracte asemănătoare.

Faptele de concurență neloială pot atrage răspunderea civilă[2], contravențională[3] şi penală[4] a făptuitorilor în forma prescrisă de lege.

88. Protecția consumatorilor împotriva practicilor abuzive ale profesioniştilor. Dezechilibrele existente între profesionişti şi consumatori manifestate prin capacitatea mai mare a profesioniştilor de a-şi impune voința contractuală până la apelarea exclusivă la contracte de adeziune, ne-negociabile pentru consumatori a determinat de o perioadă de timp legiuitorul să intervină normativ în favoarea consumatorilor[5]. În acelaşi scop a fost creată şi Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor (ANPC) ca organ de specialitate al administrației publice centrale, subordonat Guvernului. Între competențele acestui organ se află şi tragerea la răspundere şi aplicarea sancțiunilor contravenționale instituite în materie[6].

Cadrul de protecție al consumatorilor este unul neunitar şi completat mereu cu legi speciale deşi, odată cu aderarea la Uniunea Europeană avem un Cod al consumului[7]. Actul normativ defineşte consumatorul ca fiind o persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociații, care acționează în scopuri „din afara activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale"[8].

---

[1] Art. 4 din Legea nr. 11/1990.

[2] Art. 9-12 din Legea nr. 11/1990.

[3] Art. 4 din Legea nr. 11/1990.

[4] Art. 5 din Legea nr. 11/1990.

[5] Art. 1 din Legea nr. 21/1992, republicată (M.Of. nr. 208 din 28 martie 2007), cu modificările ulterioare. Statul, în mod declarat, protejează cetățenii în calitatea lor de consumatori.

[6] Art. 27 şi 54 din Legea nr. 21/1992.

[7] Legea nr. 296/2004 privind Codul consumului, republicată (M.Of. nr. 224 din 24 martie 2008), cu modificările ulterioare.

[8] Anexa (*Definiții*) din Legea nr. 296/2004. Aceeaşi accepțiune a consumatorului va fi folosită şi în art. 2 alin. (1) din Legea nr. 193/2000.

Referirea pare a exclude actele juridice care privesc exploatarea unei întreprinderi. Aceeaşi lege defineşte clauza abuziva ca fiind clauza contractuala ne-negociata direct între părţi care naşte un dezechilibru semnificativ intre drepturile si obligaţiile părţilor în detrimentul consumatorului[1].

Orice abordare a domeniului nu poate să omită legea specială privind clauzele abuzive folosite de profesionişti în dauna consumatorilor[2]. Prin declaraţia legii clauzele constatate ca fiind abuzive în contractele părţilor vor rămâne fără efecte juridice, iar contractul va subzista cu acordul consumatorului dacă după eliminarea acestora mai poate produce efecte.

O măsura extremă şi netipică este preconizată în această materie. Instanţa, în cazul în care constata existenţa clauzelor abuzive în contract, obligă profesionistul să modifice toate contractele de adeziune în curs de executare, precum şi să elimine clauzele abuzive din contractele preformulate, destinate a fi utilizate în cadrul activităţii profesionale[3]. Deşi preconizata a intra în vigoare odată cu noul Cod de procedură civilă o aplicarea prevederii a fost amânată până la data de 1 iulie 2013[4].

În acelaşi domeniu al clauzelor abuzive este incidentă şi reglementarea privind contractele de credit pentru consumatori[5] ce îşi propune reglementarea în mod unitar în Uniunea Europeană a contractelor de credit pentru consumatori pentru ca aceştia să beneficieze de o protecţie unitară şi adecvată.

Teme de dezbatere şi teste

A. Teme de dezbatere

1. Noţiunea de *profesionist* reprezintă conceptul cu poziţia cea mai ingrată a noii reglementări comerciale. Legiuitorul Codului civil a creat această noţiune doar pentru a sublinia unitatea dreptului privat. Odată definită în mod laconic şi legiuitorul a folosit-o cu intermitenţe în Codul civil în dauna folosirii explicitării conceptului: „exploatarea unei întreprinderi" sau „în exerciţiul exploatării unei întreprinderi". Nici poziţionarea noţiunii de profesionist faţă de cea veche de comerciant nu este una clară. Noţiunea de *profesionist* include noţiunea de *comerciant*. Dar fără scrutarea raportului reciproc o asemenea declaraţie a legii nu ajuta prea mult.

Stabiliţi cât mai exact conturul şi caracteristicile noţiunii de profesionist cu referire şi la noţiunea anterioară de comerciant.

---

[1] Anexa (*Definiţii*) din Legea nr. 296/2004. Termenul va fi preluat de şi în art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000.

[2] Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesionişti şi consumatori, republicată (M.Of. nr. 543 din 3 august 2012).

[3] Art. 13 din Legea nr. 193/2000.

[4] Art. I pct. 2 din O.U.G. nr. 4/2013.

[5] O.U.G. nr. 50/2010 (M.Of. nr. 389 din 11 iunie 2010) care realizează transpunerea şi implementarea naţională a Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori.

2. Întreprinderea are o vechime considerabilă printre noţiunile de drept comercial, dar cu o încărcătură semantică diferită în timp. Forma prezentă de reglementare este una dintre cele mai înşelătoare. Codul civil reglementează de fapt exploatarea unei întreprinderi, nu întreprinderea în sine. Mai departe teoretizarea noţiunii este abandonată exclusiv în mâinile doctrinei, cum se întâmplă de fapt cu majoritatea materiei comerciale.

Întreprinderea este o noţiune necesară a reglementării prezente? Care este raportul dintre întreprindere şi profesionist şi dintre întreprindere şi patrimoniu?

3. Dobândirea calităţii de profesionist reprezintă altă încercare pentru noul drept comercial. Codul civil s-a repoziţionat normativ inclusiv prin eliminarea determinantului *comercial* din numele *societăţii comerciale*, devenită societate cu personalitate juridică. Legislaţia specială, în principal legea privind registrul comerţului nu se poziţionează deloc faţă de noile noţiuni comerciale (profesionist, întreprindere).

Prezintă relevanţă juridică dobândirea calităţii de profesionist în noua aşezare conceptuală şi dacă da cum se realizează aceasta

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Profesionistul.
2. Noţiunea de întreprindere.
3. Întreprinderi individuale.
4. Întreprinderi colective.
5. Dobândirea şi dovada calităţii de profesionist.
6. Obligaţiile profesioniştilor. Înregistrarea în legistul comerţului.
7. Obligaţiile profesioniştilor. Obligaţii contabile şi cerinţe concurenţiale.

C. Exemple teste tip grilă

1. Calitatea de profesionist a persoanei fizice:
a) se poate moşteni;
b) se dobândeşte prin cumpărare;
c) se dobândeşte prin exploatarea unei întreprinderi în condiţiile legii.

2. Exploatarea unei întreprinderi implică exercitarea de activităţi organizate:
a) în mod sistematic, indiferent de scopul lucrativ sau nelucrativ;
b) chiar şi în mod sporadic, dar numai în scop lucrativ;
c) în scopul exclusiv al obţinerii de profit.

3. Societăţile cu personalitate juridică:
a) sunt profesionişti prin faptul constituirii legale;
b) devin profesionişti doar dacă obţin profit;
c) sunt în afara reglementării Codului civil.

BCU "MIHAI EMINESCU" CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie specifică

Angheni, S., Drept comercial. Profesioniştii-comercianţi, Ed. C.H. Beck, 2013.

Cărpenaru, St.D., Drept comercial român, ed. a VIII-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

de Juglart, M., Ippolito, B., Cours de droit commercial, vol. I, 11e éd., Montchrestien, Paris, 1995.

Gavalda, C., Parleani, G., Droit des affaires de l'Union Européenne, 6e éd., Lexis Nexis/Litec, 2010.

Gheorghe, C., Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Guyon, Y., Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), Economica, Paris, 2003.

Nemeş, V., Drept comercial. Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Piperea, Gh., Drept comercial. Întreprinderea. Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL III
Obligațiile născute în legătură cu exploatarea unei întreprinderi

Cuprins

Capitolul I. Obligații civile. Principii generale în sarcina profesioniștilor
Capitolul II. Noțiunea de patrimoniul
Capitolul III. Diviziuni și afectațiune de mase patrimoniale
Capitolul IV. Fondul de comerț
Capitolul V. Regulile speciale privind executarea obligațiilor profesioniștilor
Capitolul VI. Probațiunea obligațiilor profesioniștilor
Teme de dezbatere și teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Obligațiile profesioniștilor. Principii generale în sarcina profesioniștilor

89. Introducere. Obligațiile profesioniștilor reprezintă o specie a obligațiilor civile. Codul civil tratează unitar materia obligațiilor[1]. În prezent teoria generală a obligațiilor are un izvor juridic unic, după abrogarea Codului comercial.

Particularitățile obligațiilor profesioniștilor sunt relevate în același izvor juridic pe calea instituirii unor excepții punctuale de la regulile generale. S-a spus în mod repetat și fundamentat că unitatea dreptului civil înseamnă în primul rând unitatea materiei obligațiilor juridice. Abrogarea Codului comercial a însemnat în primul rând dispariția contractelor comerciale: vânzarea-cumpărarea comercială, mandatul comercial etc. În prezent aceste contracte speciale cunosc un singur izvor juridic astfel încât studiul lor în cadrul dreptului comercial nu mai are un fundament juridic, eventual doar unul pedagogic. Materia obligațiilor civile și contractele speciale civile acoperă toate instrumentele juridice prin care se pot realiza activitățile de producție, comerț sau prestări servicii proprii dreptului comercial.

Dreptul comercial poate, în viitor, să studieze anumite contracte speciale nu din perspectiva desprinderii lor din materia unică civilă, ci pentru aprofundarea unor creații juridice folosite cu precădere sau în exclusivitate de profesioniști în activitatea comercială.

Caracterul unitar al materiei obligațiilor civile, nu poate ascunde existența normelor speciale pe care Codul civil le instituie în privința obligațiilor profesioniștilor, în contrapunere cu restul persoanelor de drept.

Dacă în forma trecută, a dualismului dreptului privat, obligațiile comerciale cunoșteau un izvor normativ distinct[2], în prezent va trebui să trecem în revista întregul Cod civil pentru a contabiliza normele disparate, de excepție, aplicabile profesioniștilor. Deși lipsa unității normelor aplicabile profesioniștilor vrea să întărească existența unui drept civil nereductibil la diviziuni doctrina nu poate fi oprită să reconstruiască din prevederi speciale o subramură de drept civil cu o individualitate bine conturată.

90. Principii privind formarea obligațiilor profesioniștilor în cadrul Codului civil. Teoria generală a obligațiilor nu mai este scindată în mod declarat în prezent, odată cu unificarea materiei obligațiilor. Fenomenul, deja dezbătut, al „comercializării dreptului civil" se traduce în împrumutarea de către dreptul privat a caracterelor atribuite în trecut cu precădere obligațiilor comerciale. Vom străbate caracterele clasice ale obligațiilor comerciale pentru a constata supraviețuirea lor în prezent în privința obligațiilor civile în general.

---

[1] Codul civil, Cartea a V-a (*Despre obligații*).

[2] Cartea I, Titlul V (*Despre obligațiile comerciale în general*) din Codul comercial.

În forma actuală a sistemului normativ civil principiile generale ale dreptului dobândesc valoare declarată de izvoare de drept. Dreptul comercial, ca subramură de drept civil, nu va putea să revendice un set propriu independent de principii, dar se va sprijini pe principiile generale recunoscute în dreptul civil.

91. Principiul libertății contractuale. Acest principiu a fost recunoscut în vechiul drept civil ca și în forma clasică a dreptului comercial. În prezent principiul se bucură de o fixare normativă neechivocă[1].

Din punct de vedere general, al dreptului privat, libertatea manifestării voințelor părților contractante se aliniază drepturilor fundamentale și libertăților recunoscute ale omului. Părțile își exprimă liber voința în sensul nașterii, modificării, transmiterii și stingerii unor drepturi și obligații. Limitările libertății de exprimare țin de domeniul normativ imperativ, ordinea publică și bunele moravuri.

Libertatea de mișcare a mărfurilor, persoanelor, capitalurilor și serviciilor. Dreptul european a îmbogățit sistemele normative naționale cu o abordare neutră și nediscriminatorie a activităților economice în scopul creării unei piețe interne uniforme, guvernată doar de „meritul", de performanța economică a întreprinzătorilor.

Toate libertățile europene edictate își au o reflectare clară în domeniul comercial. Libertatea de mișcare a mărfurilor ține în primul rând înlăturarea barierelor vamale. Libertatea de mișcare a persoanelor poate fi abordată din perspectiva înlăturării barierelor impuse lucrătorilor, dar și din perspectiva regimului întreprinzătorilor. Libertatea de mișcare implică și libertatea de stabilire, inclusiv a profesioniștilor (comercianților), precum și începerea unui comerț în mod direct sau prin înființarea unei societăți, în regimul național respectiv. Libertățile de mișcare aferente capitalului și serviciilor întregesc tabloul unui spațiu în care granițele naționale cedează în fața activităților economice neîngrădite în spațiul intern al uniunii, în piața internă.

Libertățile de mișcare relevate au depășit forma unor principii fiind în prezent sancționate normativ în dreptul european primar[2]. Preeminența dreptului european față de dreptul național asigură o aplicabilitate directă acestor libertăți.

Din perspectiva națională libertatea comercială declarată implică și dreptul de alegere liberă a activităților proprii întreprinderilor, de alegere a formei juridice a profesioniștilor și a tipului de întreprinderi în care aceștia aleg să desfășoare activitatea economică. Integrarea internă a dreptului comercial în dreptul privat nu schimbă cu nimic aplicarea normelor europene privind libertățile de mișcare și în general libertatea de desfășurare a activităților economice.

92. Principiul celerității, salvgardării circuitului economic și protecția terților. Activitățile economice reclamă o înlăturare a formelor rigide care pot frâna producția, comerțul (tranzacționarea în general) și prestarea de servicii. Actele juridice incidente în activitățile economice reclamă reguli clare de formare a contractelor, probațiunea mai puțin formalistă, garanții acordate terților care se încred în realitatea economică palpabilă reprezentată de întreprinderi. În prezent, prin sistemul unitar al contractelor

---

[1] Art. 1169 C.civ.

[2] A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

speciale (civile), astfel de deziderate au devenit comune, indiferent de părțile contractante. Excepțiile instituite în persoana profesioniștilor sunt unele punctuale, fără putință de scindare a materiei obligațiilor. Dreptul privat a împrumutat și aceste cerințe fiind orientat spre protecția juridică a contractanților, indiferent de calitatea lor.

În mod general este instituită „libertatea formei" contractului, prin instituirea ca regulă a consensualismului. Contractul se încheie prin simplul acord de voință al părților dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă[1].

Salvgardarea actelor juridice și instituțiilor de drept comercial, ca și protecția terților, principii sedimentate din ce în ce mai clar în vechiul drept comercial, erau urmărite cu obstinație în reglementările privind societățile (comerciale). Nulitatea societății (comerciale), nulitatea operațiunilor de divizare și fuziune precum și nulitatea fuziunilor transfrontaliere, sunt tot atâtea domenii în care regimul de drept comun al nulității, împreună cu efectele radicale ale acesteia, au fost înlăturate pentru salvgardarea comerțului și protecția terților de bună credință.

Unificarea dreptului privat a dus la translatarea tuturor acest norme de protecție în dreptul privat. În prezent nulitatea societății cu personalitate juridică este dublată de existența nulității persoanei juridice[2] și a nulității societății simple (contractul de societate)[3]. Principiile comerciale relevate au răzbătut din legislația societăților cu personalitate juridică spre soluții normative de drept comun.

93. Mecanismul încheierii contractelor. Dreptul comun nu se preocupa, în mod tradițional, de traseul parcurs de părți pentru atingerea acordului de voință propriu contractelor. Încheierea contractelor era tratată de obicei ca acord de voință, fără o preocupare în privința modalităților și mecanismelor practice prin care se realizează acest acord. Încheierea contractelor între absenți, când părțile nu se află în contact direct (nici măcar prin telefon, chat etc.), nu a fost o preocupare a dreptului comun. În mod tradițional dreptul comercial, în sistemul anterior, dualist, al dreptului privat, era cel care își revendica reglementarea încheierii contractului între absenți.

De esența contractelor între absenți este existența unei perioade de timp între emiterea unei oferte și acceptarea ei. Lipsa acestei întârzieri, chiar dacă părțile nu sunt în același loc, face ca acordul de voință să poată fi constatat în mod direct, iar contractul să ia naștere fără alte circumstanțieri.

Codul comercial, abrogat, a reglementat (art. 35-39) reguli speciale privind încheierea contractului între absenți. În lipsă de izvoare proprii dreptul comun folosea același izvor normativ în privința contractelor între absenți. Noul Cod civil a ținut să remedieze această situație prin incorporarea, practic, a normelor care reglementează încheierea în lipsă a contractelor civile[4].

Soluția Codului comercial în privința contractelor la distanță era aceea că un contract nu se consideră încheiat „dacă acceptarea nu a ajuns la cunoștința propuitorului" (art. 35 C.com., abrogat în prezent). S-a spus că sistemul ales este cel al *informațiunii*, când ofertantul cunoaște faptul acceptării ofertei. În realitatea doctrina veche

---

[1] Art. 1178 C.civ.
[2] Art. 196 C.civ.
[3] Art. 1932 C.civ.
[4] Regulile privind formarea contractului se află la art. 1182-1203 C.civ.

fixase, pentru înlăturarea unor elemente pur subiective, momentul recepționării acceptării ca moment al încheierii contractului (teoria *recepțiunii*). Sau mai bine spus doctrina a prezumat cunoașterea acceptării la momentul recepționării acesteia (indiferent de momentul subiectiv în care acceptarea este aflată în mod efectiv).

Reglementarea din Codul civil este în prezent în aceeași sens cu soluția doctrinei: „Contractul se încheie în momentul și în locul în care acceptarea ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile"[1]. Ea este completată de reguli în privința ofertei cu termen de valabilitate, a contraofertei, a solicitării de oferte, a acceptării ofertei etc.

Ca regulă generală contractul se consideră încheiat în momentul recepționării de către ofertant a acceptării ofertei (asimilată cu cunoașterea acestei acceptări), cu condiția ca acceptarea să fi ajuns la cunoștința ofertantului în termenul stabilit prin ofertă sau în formele recunoscute de lege.

Reglementările economice recente, răspunzând cerințelor comerțului modern, cunosc un izvor normativ special privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță[2]. Prin contract la distanță izvorul normativ înțelege contractul de furnizare de produse sau servicii încheiat între un comerciant și un consumator, în cadrul unui sistem de vânzare organizat de către comerciant care utilizează în mod exclusiv, înainte și la încheierea acestui contract, una sau mai multe tehnici de comunicație la distanță; în acest context normativ, propriu materiei dreptului consumului, consumatorul este orice persoană fizică sau grup de persoane constituite în asociații, care, în executarea contractelor care intră sub incidența acestei ordonanțe, acționează în scopuri străine, exterioare activității sale comerciale, industriale sau de producție, artizanale ori liberale.

Regula fixată de actul normativ vizat este că momentul încheierii contractului la distanță îl constituie momentul primirii mesajului de confirmare de către consumator, referitor la comanda sa.

---

[1] Art. 1186 C.civ.

[2] O.G. nr. 130/2000 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță, republicată (M.Of. nr. 177 din 7 martie 2008), cu modificările operate prin art. 5 din O.U.G. nr. 174/2008 (M.Of. nr. 795 din 27 noiembrie 2008).

Capitolul II
Noțiunea de patrimoniu

Secțiunea 1. Abordări teoretice

94. Persoana de drept și patrimoniul în teoria clasică. Tratarea clasică a dreptului civil a împământenit o abordare clară a legăturii dintre persoana de drept (personalitatea juridică) și patrimoniu. În termeni negativi teoria ar statua că nu există patrimoniu fără persoană de drept după cum nu există nici persoană de drept fără patrimoniu (unic)[1].

Această abordare strictă se bazează pe principiul unicității patrimoniului[2]. Fiecare persoană are un singur patrimoniu ca expresie a personalității juridice (a capacității sale juridice văzută în acțiune). Teoria clasică merge până la identificarea patrimoniului cu personalitatea juridică, până la afirmația că nimic nu rămâne în afara patrimoniului. Așa cum capacitatea juridică poate rămâne doar o noțiune latentă, cu posibilitate de manifestare oricând în viitor, și patrimoniul putea fi doar o abstracțiune, un „sac gol", gata să recepționeze oricând efectele actelor și faptelor juridice viitoare care respectă capacitatea legală recunoscută a persoanei.

Critica din doctrina ulterioară a temperat aceste susțineri făcând distincție între personalitatea juridică, abstractă, și patrimoniu care trebuie să rămână mai aproape de „realitatea contingentă"[3]. Accentuarea valorii pecuniare a drepturilor și obligațiilor unei persoane, elemente constitutive ale patrimoniului, subliniază separarea acestei noțiuni de cea de personalitate juridică.

---

[1] În temeni matematici vorbim de o relație de bijectivitate între mulțimea persoanelor de drept și cea a patrimoniilor. Astfel, fiecare persoană de drept ar avea atribuit un singur patrimoniu, după cum și fiecărui patrimoniu trebuie să-i corespundă o singură persoană de drept.

[2] Teoria unicității patrimoniului are o îndelungată susținere doctrinară, pornind de la fondatori: *C. Aubry, C. Rau*, Cours de droit civil français (1839-1846), în numeroase ediții succesive. În esență susținerile pot fi sintetizate astfel: orice patrimoniu aparține unei persoane; orice persoană legală are un patrimoniu; o persoană are un singur patrimoniu care nu poate fi divizat în universalități distincte de drepturi. În timp caracteristicile patrimoniului au fost bine decantate: patrimoniul este o universalitate juridică; unicitatea patrimoniului; inalienabilitatea patrimoniului; divizibilitatea patrimoniului. Contrapusă acestei teorii trebuie amintită teoria patrimoniului de afectațiune care în esență susține decuplarea patrimoniul de personalitatea subiectului de drept; delimitarea stă în ideea de scop, de afectațiune, o persoană poate fi titulara mai multor patrimonii, în funcție de scopul, de afectațiunea pe care a dat-o unei anumite mase din bunurile sale. A se vedea *C. Bîrsan*, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. All Beck, București, 2001, p. 1-28; *V. Stoica*, Noțiunea juridică de patrimoniu, în PR, Supliment, 2003, 140 de ani de la nașterea lui Constantin Hamangiu, p. 177-220; *G. Luțescu*, Teoria generală a drepturilor reale, București, 1947, p. 9-80.

[3] *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, Tratat de drept civil român, vol. I, Restitutio, Ed. All Beck, București, 1996, p. 522.

LAW LIBRARY

Teoria unicității patrimoniului a creat din totdeauna greutăți de acomodare cu realitățile practice. Creațiile doctrinare de tipul universalităților de fapt și patrimonii de afectațiune, tendințele de identificare a unui grup de bunuri sau drepturi individualizate în interiorul unui patrimoniu, toate s-au lovit de inflexibilitatea unicității patrimoniului și au trebuit să cedeze în fața prestigiului și infailibilității acestei teorii.

95. Definiție. Persoana de drept și patrimoniul în Codul civil. Codul civil păstrează în parte legătura dintre persoana de drept și patrimoniu. În aceeași termeni matematici funcția dintre aceste mulțimi își păstrează proprietatea de „injectivitate", respectiv fiecărei persoane îi corespunde un patrimoniu. Nu poate exista persoană de drept fără patrimoniu, respectiv orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu.

Aceasta noțiune juridică, patrimoniul, este explicitat normativ prin cuprinsul său: toate drepturile și datoriile persoanei ce pot fi evaluate în bani[1].

Patrimoniul este atât de legat de persoana de drept încât legiuitorul revine la această noțiune în cazul dispariției persoanei de drept. Încetarea în orice mod a persoanei juridice (dizolvare și lichidare sau divizare, fuziune) readuce în discuție noțiunea de *patrimoniu* care nu poate subzista în condițiile extincției persoanei. Afirmarea legăturii dintre persoana fizică și patrimoniu este și ea explicită în caz de deces. Materia moștenirilor și a liberalităților are ca punct de plecare tocmai patrimoniul lui *de cujus* care este supus lichidării (legale sau testamentare) ca urmare a decesului[2].

Legătura dintre persoana juridică și patrimoniu este relevată și de definiția acesteia. Persoana juridică este definită, ca o condiție esențială, tocmai de existența patrimoniului. Orice persoană juridică trebuie să satisfacă cerința „organizării de sine stătătoare" și a „patrimoniului propriu, afectat realizării unui anumit scop licit și moral, în acord cu interesul general"[3].

Mai departe de această legătură între persoana de drept și patrimoniu concepția clasică este puternic redefinită. În concluzie vor putea exista atât patrimonii distincte în condițiile inexistenței unei persoane de drept care să le revendice, dar și diviziuni, mase patrimoniale cu regim distinct, recunoscute unei persoane de drept unice.

96. Situații particulare. Cu excepției situației, aparente însă, a materiei moștenirilor, unde această situație pare situația premisă (*de cujus* nu mai există ca persoană de drept, iar reglementarea privește patrimoniul său – deși teoria clasică consideră efectele normelor succesorale ca unele acționând direct de la data decesului, tocmai pentru a exclude situația unui patrimoniu fără o persoană în ființa, iar dreptul roman adopta o ficțiune prin care patrimoniul defunctului, ca o persoană distinctă supraviețuia până la *aditio hereditatis* formulată de moștenitor) situația existenței unui patrimoniu independent de o persoană de drept anume pare exclusă în abordarea clasică.

---

[1] Art. 31 alin. (1) C.civ.

[2] Art. 953 C.civ. [Cartea a IV-a (*Despre moștenire și liberalități*)]: „Moștenirea este transmiterea *patrimoniului* unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă".

[3] Art. 187 C.civ.

Codul civil a importat în dreptul intern noțiunea de *fiducie*, având ca model instituția „trust" din dreptul anglo-saxon. În acest caz, prin voința sa, constituitorul creează o masă patrimonială distinctă în persoana fiduciarului, în folosul unui beneficiar (care poate fi el însuși, fiduciarul sau o terță persoană)[1]. Existența unui fiduciar în persoana căruia este instituit patrimoniul fiduciar și a unui beneficiar final, în condițiile de constituire a fiduciei, face ca această masă patrimonială să păstreze o legătură vizibilă cu o persoană unică (fiduciarul, ulterior beneficiarul).

În cazul întreprinderii colective care nu dă naștere unei persoane juridice (de exemplu, *societatea simplă)* nici măcar această legătură actuală sau potențială nu există. Legiuitorul leagă practic noțiunea de *patrimoniu* de aceea de *întreprindere* (exploatată de un profesionist), fără a conta existența sau nu a personalității juridice.

Forma prezentă a Codului civil renunță practic la legătura veche, biunivocă, între persoana de drept și patrimoniu, admițând existența de patrimonii separate de persoane unice de drept. Profesionistul care exploatează o întreprindere colectivă de tipul societății simple se bucură în mod explicit (prin reprezentarea societății simple) de existența unui patrimoniu social[2], în lipsa expresă a existenței personalității juridice. „Patrimoniul social" reglementat aici este de fapt o noțiune greu palpabilă, în lipsa personalității juridice. Creditorii sociali se vor îndestula din acest patrimoniu, dar în subsidiar au deschis accesul către patrimoniile asociaților, urmând o regula ingenioasă: în executarea obligațiilor față de creditorii societății, fiecare asociat răspunde cu propriile sale bunuri *„proporțional cu aportul său la patrimoniul social, numai în cazul în care creditorul social nu a putut fi îndestulat din bunurile comune ale asociaților"* (art. 1920 C.civ.). Pentru a fi echitabilă, „proporționalitatea" trebuie să se raporteze la valoarea creanței neacoperită din patrimonial social, respectiv fiecare asociat va răspunde cu propriile sale bunuri până la concurența unei fracții din creanța neacoperită, reprezentată de ponderea (procentul) deținut din capitalul social. O altă lectură, în care proporționalitatea s-ar raporta la bunurile asociatului (întreg patrimonial său), ar conduce la situații inacceptabile (o cotă de participare mică în societate s-ar traduce într-o răspundere subsidiară limitată de aceeași cota din... patrimoniul propriu, care poate fi remarcabil; iar o cotă de participare mare se traduce într-o cotă mare din patrimoniul propriu care poate fi... cvasi-nul). În mod logic nu este vorba de o răspundere subsidiară și solidară, ci de o răspundere subsidiară și limitată proporțional, după aportul fiecărui asociat.

Secțiunea a 2-a. Diviziuni patrimoniale

97. Preambul[3]. Codul civil prezent inovează încă o dată prin recunoașterea unor diviziuni patrimoniale individualizate în interiorul patrimoniului unic, clasic, al persoanei de drept.

---

[1] Art. 777 C.civ.

[2] Codul vorbește despre „bunuri sociale" când se referă la bunurile aportate care capătă un regim aparte față de patrimoniile asociaților (art. 1894 și 1904 C.civ.).

[3] *C. Gheorghe*, Diviziuni și mase patrimoniale în noul Cod civil, în CJ nr. 10/2011.

Codul civil afirmă despre patrimoniul persoanei că poate face obiectul unei *„diviziuni sau unei afectațiuni"*. Astfel de creații sunt însă rezervate legiuitorului; ele exced voința persoanei de drept (*„numai în cazurile și condițiile prevăzute de lege"*[1]).

Patrimoniile de afectațiune sunt declarate ca fiind masele patrimoniale fiduciare și cele afectate exercitării unei profesii autorizate. Legea permite identificarea și a altor astfel de patrimonii, cu respectarea aceleiași cerințe a *izvorului strict legal* („alte patrimonii determinate potrivit legii").

Renunțarea la unicitatea patrimoniului nu este deci una generală și necondiționată. Diviziunile recunoscute ale patrimoniului au un izvor strict legal, sunt refuzate liberului arbitru al persoanei de drept.

98. Fiducia. Fiducia este o instituție civilă, rezervată oricărei persoane de drept, constituitor, care transferă drepturi (reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare), către unul sau mai mulți fiduciari. Toate aceste drepturi transferate păstrează un regim distinct, se constituie într-o diviziune separată a patrimoniului fiduciarului, alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor. Actele efectuate de fiduciari asupra acestei mase patrimoniale urmăresc un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari (art. 773 C.civ.). În acest mod masa patrimonială fiduciară are un regim juridic distinct de patrimoniul propriu al fiduciarului și nu se confundă cu acesta.

Izvorul fiduciei poate fi legal sau convențional, cunoaște forma autentică pentru constituirea legală și înscrierea în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare pentru opozabilitate față de terți[2].

Dacă constituitor și beneficiar poate fi orice persoană de drept, fiduciari pot fi doar instituții financiare specializate din piața bancară, de capital sau asigurări (instituțiile de credit, societățile de investiții și de administrare a investițiilor, societățile de servicii de investiții financiare, societățile de asigurare și de reasigurare legal înființate), notarii publici și avocații (art. 776 C.civ.).

Contractul de fiducie trebuie să prevadă, sub sancțiunea nulității absolute, drepturile transferate (drepturile reale, drepturile de creanță, garanțiile și orice alte drepturi patrimoniale transferate), scopul fiduciei și întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului, durata contractului (cel mult 33 de ani începând de la data încheierii sale) și identitatea părților (constituitorului sau a constituitorilor, a fiduciarului, a beneficiarului sau a beneficiarilor ori cel puțin regulile care permit determinarea acestora).

Părțile contractului de fiducie vor fi constituitorul și fiduciarul însă efectele contractului sunt dependente și de exprimarea de voință a beneficiarului. Astfel, până la acceptarea sa de către beneficiar contractul de fiducie poate fi denunțat unilateral oricând de către constituitor. După o asemenea acceptare contractul nu poate fi modificat sau revocat de către părți ori denunțat unilateral de către constituitor decât cu acordul beneficiarului sau, în absența acestuia, cu autorizarea instanței judecătorești.

---

[1] Art. 31 alin. (2) C.civ.

[2] Opozabilitatea privește fiducia în sine. În privința drepturilor reale transferate prin aceasta rămân incidente și dispozițiile privind publicitatea imobiliară (art. 781 C.civ.).

Subsecvent acestei situații contractul încetează în cazul în care toți beneficiarii renunță la fiducie (iar în contract nu s-a precizat cum vor continua raporturile fiduciare într-o asemenea situație) (art. 789 C.civ.).

Așa cum rezultă din această reglementare fiduciarul nu se bucură de o poziție deplin ancorată în regulile contractuale. Denunțarea unilaterală a contractului (în condițiile arătate) periclitează drepturile fiduciarului. Totuși reglementarea nu permite înlocuirea fiduciarului *ad nutum, ci* doar în condițiile culpei contractuale, a periclitării „intereselor care i-au fost încredințate", pe cale judiciară, la cererea constituitorului sau a beneficiarului (art. 788 C.civ.). Drepturile fiduciarului se referă la dreptul la remunerație și la dreptul de dispunere deplină asupra bunurilor din masa fiduciară, iar obligațiile privesc, întocmai ca în cazul reprezentanților, obligația de a îndeplini obiectul contractului conform scopului său și de a da socoteala constituitorului și beneficiarului (art. 783 C.civ.). Fiind un titular al drepturilor transferate (reale sau de creanță), este subînțeles că fiduciarul este ținut la o diligență proprie unui proprietar (ceea ce și este din punct de vedere legal).

Diviziunea patrimoniilor care operează în cazul fiduciarului se traduce în primul rând în respectarea drepturilor creditorilor aferenți fiecărei diviziuni patrimoniale. Astfel, creditorii personali ai fiduciarului (inclusiv în proceduri colective, de insolvență) nu pot urmări masa patrimonială fiduciară, de care sunt străini. Totuși deschiderea unei proceduri de insolvență atrage încetarea contractului de fiducie pentru distanțarea de patrimoniul propriu al fiduciarului, supus executării colective. În mod simetric, creditorii izvorâți din exploatarea masei fiduciare nu pot urmări decât bunurile din această masă (dacă contractul de fiducie nu a prevăzut garanții instituite în persoana constituitorului sau chiar a fiduciarului).

Diviziunile recunoscute ale patrimoniului create pe calea fiduciei acționează deci ca bariere eficiente în calea extinderii răspunderii persoanei de drept dincolo de masa patrimonială special constituită. Întrebarea este dacă o asemenea protecție acționează pentru orice diviziune patrimonială. Răspunsul va fi dat de cercetarea patrimoniilor de afectațiune ale profesioniștilor (care exploatează întreprinderi).

99. Administrarea bunurilor altuia. Aceasta este altă instituție juridică nouă fixată de Codul civil. Diferența vizibilă față de fiducie ține de poziția juridică față de bunurile, masa patrimonială sau patrimoniul vizat. Administratorul nu dobândește niciodată drepturi proprii, în patrimoniul său nu este creată o diviziune reprezentată de drepturi dobândite, pentru simplul fapt că acestea rămân tot timpul în patrimoniul constituitorului. Separarea este aceea între proprietate și control, titularul drepturilor netransferând niciun moment din substanța drepturilor sale. Din această cauză administrarea bunurilor altuia nu are implicații în privința diviziunilor patrimoniale. Nici nu creează nici nu alătură patrimonii distincte, ci doar „administrează" valori patrimoniale străine care rămân în patrimoniul constituitorului. Reglementarea este una amănunțită și instituită cu dorința de a crea un drept comun pentru administrarea bunurilor altuia[1].

[1] Art. 792-857 C.civ.

Capitolul III
Diviziuni şi afectaţiune de mase patrimoniale

100. Patrimonii de afectaţiune. Din punct de vedere comercial noţiunea cu relevanţă deosebită în materie este aceea de patrimoniu de afectaţiune. Conform Codului civil patrimoniile de afectaţiune sunt masele patrimoniale fiduciare, cele afectate exercitării unei profesii autorizate, precum şi alte patrimonii determinate potrivit legii [art. 31 alin. (3) C.civ.].

Patrimoniile de afectaţiune includ în mod explicit acele patrimonii afectate exercitării unei profesii. Legea vorbeşte de o profesie autorizată trimiţând la corpurile profesionale care se bucură de o reglementare specială, inclusiv în privinţa formelor individuale de exercitare (avocaţi, notari, executori, mediatori, doctori, arhitecţi etc.).

În declaraţia legii constituirea patrimoniului de afectaţiune destinat exercitării în mod individual a unei profesii autorizate se realizează prin actul încheiat de titular în condiţiile legii speciale. Încetarea existenţei acestui patrimoniu (lichidarea patrimoniului profesional individual) se face în conformitate cu dispoziţiile similare din materia societăţii simple, dacă prin lege nu se dispune altfel. Această reglementare ridică întrebări privind situaţia profesionistului, respectiv dacă acesta, în situaţia întreprinderii individuale, se bucură de regimul legal al patrimoniului de afectaţiune destinat exercitării unei profesii autorizate sau situaţia lui este diferită de cea stabilită de această reglementare. Într-un final întrebarea este dacă situaţia profesionistului se subsumează noţiunii de profesie. Profesionistul exercită o profesie autorizată sau nu? În situaţia veche, clasică, a dreptului comercial, situaţia comerciantului era considerată aceea a unei persoane care exercită acte de comerţ ca o profesiune (obişnuită). Comerţul avea în sens larg recunoaşterea caracterul de profesie, iar „profesiile autorizate" au vizat şi atunci acele profesii recunoscute legal şi organizate în forma unor corpuri profesionale cu atribute legale de „autorizare", de recunoaştere a apartenenţei la acel corp profesional.

În prezent profesioniştii (comercianţi) nu răspund cerinţelor unei „profesii autorizate", iar normele care reglementează patrimoniul de afectaţiune destinat exercitării unei profesii autorizate nu vizează şi situaţia patrimoniului de afectaţiune pentru exploatarea unei întreprinderi. Diferenţa are urmări legale semnificative.

101. Reguli privind separarea maselor patrimoniale. Existenţa unor diviziuni patrimoniale atrage necesitatea observării raporturilor dintre drepturile şi obligaţiile născute în fiecare zonă patrimonială.

Interdicţia confuziunii între mase patrimoniale diferite. În mod general atunci când, în cadrul aceluiaşi raport obligaţional, calităţile de creditor şi debitor se întrunesc în aceeaşi persoană, obligaţia se stinge de drept prin confuziune. Această regulă generală încetează în situaţia diviziunilor patrimoniale, respectiv confuziunea nu operează dacă datoria şi creanţa se găsesc în mase de bunuri diferite din cadrul aceluiaşi patrimoniu (art. 1624 C.civ.).

Transferul interpatrimonial este supus respectării drepturilor creditorilor particulari. Existența unor diviziuni patrimoniale se face simțită în situația transferului drepturilor între aceste diviziuni. Regula de drept este aceea că transferul drepturilor și obligațiilor dintr-o masă patrimonială în alta este supusă cerinței de respectare a drepturilor creditorilor asupra fiecărei mase patrimoniale (și respectării condițiilor prevăzute de izvoarele normative ale respectivelor diviziuni).

Nu se poate vorbi deci de o interdicție, ci de un test. Prejudicierea intereselor creditorilor reprezintă o barieră în migrarea drepturilor și obligațiilor dintr-o diviziune patrimonială în alta (art. 32 C.civ.).

Protecția juridică a bunurilor din masele fiduciare și patrimoniile de afectațiune destinate exercitării unei profesii autorizate. Codul civil are norme privind interacțiunile posibile între diviziunile patrimoniale. Situația patrimoniului fiduciar a fost deja observată. În cazul profesiilor autorizate situația este în principiu similară.

Regula comună este aceea că cel care s-a obligat personal răspunde cu toate bunurile sale „mobile și imobile, prezente și viitoare" care servesc drept garanție comună a creditorilor săi. Prin excepție bunurile care fac obiectul unui patrimoniu afectat exercițiului unei profesii autorizate de lege pot fi urmărite numai de creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu profesia respectivă. Acești creditori nu vor putea urmări celelalte bunuri ale debitorului[1].

În modul arătat patrimoniile de afectațiune care privesc exercitarea unei profesii realizează o adevărată separare de patrimonii: creditorii „profesionali" sunt străini de patrimoniul persoanei de drept, iar creditorii personali sunt străini de patrimoniul de afectațiune patrimonial.

O asemenea situație trebuie considerată o reglementare în beneficiul persoanei care exercită o profesie autorizată care își vede patrimoniul personal scos de sub amenințarea obligațiilor izvorâte din exercitarea profesiei.

102. Patrimoniile de afectațiune ale profesioniștilor (comercianți) care exploatează o întreprindere individuală. Contrar primei impresii această categorie de subiecte de drept comercial nu se bucură de avantajul separației de patrimonii oferită persoanelor care exercită o profesie autorizată.

Ca regulă, în lipsă de dispoziții contrare (așa cum am întâlnit în cazul fiduciei, profesiilor autorizate și parțial în privința societății simple) diviziunile patrimoniului nu conferă limitări ale realizării obligațiilor particulare strict în interiorul diviziunii patrimoniale în care acest obligații au luat naștere.

Regula generală va fi aceea că creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu o anumită diviziune patrimonială sunt ținuți doar să urmărească *cu întâietate* bunurile care fac obiectul acelei mase patrimoniale. Dacă nu se îndestulează, diviziunea patrimonială dispare pentru ei, fiind în drept să urmărească și celelalte bunuri ale debitorului până la îndestularea creanței (art. 2324 C.civ.).

În această situație găsim subiectele de drept comercial (profesioniști care exploatează întreprinderi economice individuale) în privința cărora sunt incidente normele

[1] Totuși această regulă se aplica doar dacă profesionistul își creează un patrimoniu de afectațiune și numai cu privire la drepturile si obligațiile născute după intrarea în vigoare a Codului civil [art. 151 din Legea nr. 71/2011, art. 2324 alin. (4) C.civ.].

privind patrimoniile de afectațiune. Situația lor este clarificată de altfel de normele speciale existente în materie[1].

Textul special, în vigoare, explicitează în interes comercial patrimoniul de afectațiune ca fiind „totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, afectate scopului exercitării unei activități economice, constituite ca o fracțiune distinctă a patrimoniului persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, separată de gajul general al creditorilor personali ai acestora"[2].

Regula generală enunțată este inclusă și în acest act normativ, respectiv persoana (profesionistul) răspunde pentru obligațiile sale comerciale cu patrimoniul de afectațiune și, în completare, cu întreg patrimoniul său[3].

[1] O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, cu modificările ulterioare.

[2] Art. 2 din O.U.G. nr. 44/2008.

[3] Art. 20 din O.U.G. nr. 44/2008 pentru PFA, art. 26 pentru întreprinderea individuală, art. 34 pentru întreprinderea familială.

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul IV
Fondul de comerț

103. Noțiune. Una dintre noțiunile tradiționale ale vechiului drept comercial este noțiunea de *fond de comerț*. Doctrina comercială veche, sub influența autorilor francezi, a făcut din această noțiune, fără o sancționare legală expresă, o noțiune complet definită și închegată din punct de vedere teoretic și practic.

Reglementarea prezentă a diviziunilor patrimoniale și a patrimoniilor de afectațiune nu a făcut totuși uitată noțiunea de *fond de comerț*. În viziunea civilă prezentă se face distincția clară între bunuri și drepturi. Drepturile însele nu mai intra în categoria bunurilor, precum în vechea reglementare civilă[1]. În prezent patrimoniile reprezintă în esență ansambluri de drepturi și obligații. În privința ansamblurilor de bunuri există noțiunea de *fond de comerț* și, vom vedea, aceea de universalitate de bunuri.

Nu este clar dacă legiuitorul a dorit să păstreze sau nu noțiunea de *fond de comerț*, cert este însă că aceasta rămâne prezentă încă în câteva locuri din noul Cod civil și legislația în vigoare.

Realitatea normativă prezentă obligă la o reconsiderare totală a acestei noțiuni pentru acomodarea cu prevederile noului cod.

104. Noțiunea și natura juridică a fondului de comerț[2]. În mod tradițional știința dreptului comercial s-a preocupat de noțiunea de *fond de comerț*, noțiune eminamente comercială creată pentru surprinderea valorii create de un comerciant. Ostracizarea prezentă a denumirii de comerț ridică întrebarea de ce legiuitorul nu a renunțat complet la această noțiune, mai ales în prezent, în condițiile renunțării la sistemul clasic al unicității patrimoniului.

În accepțiunea clasică se vorbea deja, în lipsă de izvor normativ la acea dată, de *patrimoniu de afectațiune* pentru fondul de comerț, respectiv alocarea unei părți din patrimoniu pentru un scop comercial distinct. La acea dată noțiunea a fost criticată pentru inconsistență conceptuală, deoarece unicitatea patrimoniului juridic nu era știrbită cu nimic în izvoarele comerciale.

Nici teoria unei *universalități de fapt* folosită în doctrina veche nu s-a bucurat de o apreciere mai mare în privința naturii fondului de comerț tot din considerente de incompatibilitate cu reglementările normative de la acea dată[3].

Sub influența doctrinei franceze fondul de comerț a fost calificat în mod constant, în privința naturii juridice, ca un *bun mobil incorporal*. O asemenea abordare, împreună cu aplicațiile ei practice, a dominat doctrina comercială timp de peste un secol.

---

[1] Art. 535-540 C.civ. Totuși, în spiritul Codului vechi se acceptă faptul că sunt supuse regulilor referitoare la bunuri și drepturile asupra acestora (art. 542).

[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 35.

[3] Pentru teoriile tradiționale privind fondul de comerț, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 92, 93; *V. Nemeș*, op. cit., p. 51.

Fondul de comerț e definit ca un ansamblu de bunuri mobile și imobile, corporale și incorporale, afectate de un comerciant desfășurării unei activități comerciale, în scopul atragerii clientelei și obținerii de profit[1].

Diferența de cuprindere dintre patrimoniu și fondul de comerț era evidențiată și explicitată. Fondul de comerț era întotdeauna parte a patrimoniului comerciantului, fără a putea să-l epuizeze pe acesta nici cantitativ și nici calitativ. Pur cantitativ fondul de comerț, spre deosebire de patrimoniu, nu cuprinde creanțele și datoriile comerciantului, el este întotdeauna o proiecție determinată și palpabilă a patrimoniului, nu o abstracțiune independentă de cuprinsul său.

În ansamblul elementelor recunoscute ca făcând parte din fondul de comerț prevalau bunurile mobile, corporale sau incorporale. Cuprinsul mixt, din bunuri mobile, corporale și incorporale precum și din bunuri imobile este cel care a condus la ideea naturii mobile incorporale care să integreze, să topească într-o substanță unică, aceste naturi componente diverse. Teoria veche a fondului de comerț trebuie reevaluată pentru acomodarea regimul juridic prezent.

105. Elementele fondului de comerț. Fondul de comerț cuprinde bunuri necesare desfășurării activităților economice de către profesionist, este deci o masă de bunuri.

Elementele incorporale ale fondului de comerț pot fi reprezentate de firma comercială, emblema, clientela și vadul, drepturi de proprietate intelectuală.

Firma comercială este un atribut de identificare al persoanei juridice sau un element de individualizare a comerciantului persoană fizică. Regulile de alegere și utilizare sunt cele prescrise în izvorul legal principal, Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului.

În accepțiunea legii firma este numele sau, după caz, denumirea sub care un comerciant își exercită comerțul și sub care semnează (art. 30 din legea indicată). Izvorul normativ fixează reguli detaliate pentru cuprinsul firmei pentru fiecare categorie de profesionist-comerciant.

Firma unui profesionist persoană fizică se compune din numele său scris în întregime sau din numele și inițiala prenumelui acestuia[2].

Firma unei întreprinderi organizată sub forma PFA, întreprindere individuală, întreprindere familială cunoaște și ea reguli explicite (trebuie în principiu să cuprindă numele titularului sau reprezentantului întreprinderii cu indicarea tipului de întreprindere ales).

Societățile cu personalitate juridică au un regim legal diferențiat după tipul de societate comercială constituită. Astfel, firma unei societăți în nume colectiv trebuie să cuprindă numele a cel puțin unuia dintre asociați, cu mențiunea „societate în nume colectiv", scrisă în întregime, firma unei societăți în comandită simplă trebuie să cuprindă numele a cel puțin unuia dintre asociații comanditați, cu mențiunea „societate în comandită", scrisă în întregime, firma unei societăți pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni se compune dintr-o denumire proprie, de natură a o deosebi de firma altor societăți, și va fi însoțită de sintagma „societate pe acțiuni" sau „SA" ori, după caz, „socie-

[1] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, op. cit., p. 122; *M.L. Belu Magdo*, Drept comercial, Ed. HG, București, 2003, p. 67; *V. Nemeș*, op. cit., p. 49.

[2] Art. 31 din Legea nr. 26/1990.

tate în comandită pe acțiuni", iar firma unei societăți cu răspundere limitată se compune dintr-o denumire proprie, la care se poate adăuga numele unuia sau al mai multor asociați, şi va fi însoțită de sintagma „societate cu răspundere limitată" sau „SRL"[1].

În toate cazurile aplicabile societăților, firma fiind un atribut de identificare a persoanei juridice, ea trebuie să se caracterizeze prin noutate, să fie distinctă de firmele deja existente. În declarația legii comerciantul dobândeşte dreptul de folosință exclusivă asupra firmei (şi emblemei) prin înmatricularea comerciantului în registrul comerțului[2].

Emblema este un mijloc de diferențiere în activitatea comercială care ajută la identificarea şi evidențierea rapidă a unui profesionist față de altul din acelaşi domeniu de activitate. Emblema este definită ca semnul sau denumirea care deosebeşte un profesionist de un altul de acelaşi gen, având un caracter facultativ.

Regimul de ocrotire al emblemei este identic cu cel al firmei, respectiv profesionistul comerciant dobândeşte un drept de folosință exclusivă asupra sa de la data înregistrării în registrul comerțului.

Clientela şi vadul comercial. Poate elementele incorporale cele mai aproape de natura fondului de comerț clientela şi vadul, elemente speciale care țin de specificul activității economice. Clientela este percepută ca totalitatea persoanelor de drept care apelează în mod obişnuit la mărfurile, bunurile, serviciile unui profesionist comerciant.

Clientela constituie în mod incontestabil o valoare economică datorită activităților economice, potențiale, pe care le va mijloci. Stabilitatea raporturilor juridice dintre consumatori şi profesionist este un bun de preț al fondului de comerț. Continuitatea activității comerciale este strâns legată de clientelă. Caracterul ei variabil şi lipsa de specificitate nu sunt de natură să nege importanța conceptului.

În strânsă legătură cu clientela se află vadul comercial. Acesta reprezintă aptitudinea fondului de comerț de a atrage clientelă, avantajul specific al unui profesionist comerciant față de alții. Factori „catalizatori" pentru vadul comercial pot fi identificați în elemente precum locul unde se află amplasat localul, comportamentul auxiliarilor profesionistului comerciant în raporturile cu clienții, avantajul atras de reclama comercială, dar şi calitatea mărfurilor şi serviciilor oferite şi prețurile practicate etc.

Drepturile de proprietate intelectuală. Fondul de comerț cuprinde eventualele drepturi de proprietate intelectuală (brevete, drepturi de autor şi drepturi conexe, mărci etc.) care aparțin profesionistului comerciant.

Regimul drepturilor de proprietate intelectuală este stabilit normativ[3], protecția lor crescând pe măsură ce valoarea lor comercială a fost tot mai apreciată. Publicitatea, în scop de protecție, a acestor drepturi este realizată inclusiv prin înscrierea în registrul comerțului a mențiunilor privind brevetele de invenții, mărcile şi indicațiile de proveniență. Protecția legală deplină este asigurată în condițiile legilor speciale de reglementare.

Regimul creanțelor şi datoriilor. Privirea generală asupra bunurilor mobile incorporale nu poate rata situația creanțelor şi a obligațiilor comerciale. Fondul de comerț

---

[1] Art. 32-36 din Legea nr. 26/1990.

[2] Art. 30 alin. (4) din Legea nr. 26/1990, cu modificările ulterioare.

[3] Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor şi drepturile conexe, cu modificările ulterioare. Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată (M.Of. nr. 541 din 8 august 2007).

nefiind o universalitate juridică, aceste elemente (care în viziunea Codului civil nou nici nu intră în categoria bunurilor) nu intră în structura sa. Creanțele și obligațiile se constituie astfel în diferența specifică între fondul de comerț și un patrimoniu sau diviziune patrimonială (patrimoniu de afectațiune).

Observarea regimului creanțelor și datoriilor este importantă din perspectiva transmiterii fondului de comerț. Nefiind părți constitutive ale acestuia, creanțele și datoriile profesionistului comerciant nu se transmit dobânditorului în cazul înstrăinării fondului de comerț.

106. Elementele corporale ale fondului de comerț. Categoria elementelor corporale ale fondului de comerț este complet reprezentată. Bunurile, atât mobile cât și imobile sunt susceptibile de a intra în componența unui fond de comerț.

Bunurile imobile. Existența bunurilor imobile printre bunurile afectate unei activități economice este ușor sesizabilă. Ele pot fi folosite ca sedii, ca spații de producție sau ca mijloace principale de producție, instalații, utilaje, mașini. Dreptul comercial prezent a fost eliberat de restricția istorică privind bunurile imobile. În concepția clasică instituția fondului de comerț era construcția teoretică prin care imobilele erau introduce în mod indirect în circuitul comercial. Regimul strict de drept civil putea fi înlăturat cât timp imobilele erau privite ca părți ale fondului de comerț, bun mobil incorporabil susceptibil de participare liberă la actele juridice comerciale.

Bunurile mobile corporale. Fondul de comerț cuprinde în mod curent printre elementele sale bunuri mobile corporale precum materia primă necesară pentru procesul productiv sau mărfurile necesare pentru interpunerea în schimb. Aceste bunuri sunt inerente desfășurării activităților economice.

107. Efectele juridice clasice ale calificării fondului de comerț ca „bun mobil incorporal".

Vânzarea-cumpărarea fondului de comerț. Calificarea fondului de comerț ca bun mobil atrăgea înstrăinarea acestuia în condițiile proprii bunurilor mobile. Contractul de vânzare-cumpărare poate avea ca obiect fondul de comerț, lucru confirmat de obligația legală a efectuării publicității în registrul comerțului pentru o asemenea operațiune[1]. Obligațiile de garanție care revin vânzătorului fondului de comerț au o conformație specială în această situație. Asigurarea unei folosințe liniștite a bunului vândut se traduce în această situație, în primul rând, prin abținerea vânzătorului de a aduce atingere fondului înstrăinat, în privința tuturor elementelor sale: clientela, vad, drepturi de proprietate intelectuală etc. Atitudinea impusă se traduce în obligația vânzătorului fondului de a nu face concurență cumpărătorului.

Locațiunea fondului de comerț. Bunul mobil reprezentat de fondul de comerț este susceptibil de a face obiectul unui contract de locațiune, în condițiile dreptului comun.

De natura acestui contract, contractului de locațiune, proprietarul fondului, în calitate de locator, în schimbul unui preț, transmite locatarului folosința asupra fondului de comerț.

[1] Art. 21 lit. a) din Legea nr. 26/1990.

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

Asigurarea folosinței liniștite implică și în acest caz că locatorul are obligația să nu facă locatarului concurență, prin desfășurarea unei activități de același gen.

Și în privința locațiunii fondului de comerț legea impune condiții de publicitate prin menționare în registrul comerțului[1].

Publicitatea prin registrul comerțului este impusă și pentru alte acte juridice susceptibile de a fi încheiate de profesioniști: donația și locația gestiunii (văzută ca o locațiune specială).

Garanția reală mobiliară (ipoteca mobiliară în prezent) asupra fondului de comerț. Izvorul normativ al garanțiilor reale purtând asupra bunurilor mobile permite instituirea unor asemenea garanții și în privința fondului de comerț[2].

Garanția se constituie pe baza unui contract de garanție și este supusă unei duble publicități. Alături de publicitatea specifică, realizată prin înscrierea avizului de garanție reală la Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare[3] este necesară realizarea publicității și prin registrul comerțului[4].

108. Noțiunea prezentă a fondului de comerț. În condițiile noului Cod civil noțiunea și-a pierdut o bună parte din importanță. Diviziunile patrimoniale acoperă foarte bine masele de bunuri afectate pentru scopuri anume, inclusiv pentru crearea și exploatarea de întreprinderi individuale sau colective.

Fondul de comerț reprezintă și în prezent o masă de bunuri afectată unei activități economice. El este proiecția în planul bunurilor a patrimoniului de afectațiune creat pentru exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ. Folosim această explicitare pentru a păstra distincția legiuitorului, respectiv fondul de comerț este o colecție de bunuri, în timp ce patrimoniul rămâne o colecție (mulțime) de drepturi (și obligații). Bunurile sunt cele care reprezintă obiectul juridic (derivat) al raporturilor juridice al căror conținut este reprezentat de drepturile și obligațiile patrimoniului de afectațiune. Nici legiuitorul nu este consecvent cu această nuanță teoretică care distinge bunurile de patrimoniul corespunzător.

Codul civil prezent, reglementând materia bunurilor și în acest context, fixează și noțiunea de *universalitate de fapt*. Aceasta reprezintă ansamblul bunurilor care aparțin aceleiași persoane și au o destinație identică stabilită prin voința acelei persoane sau de lege. Această „universalitatea de fapt" poate să facă obiectul unor acte sau raporturi juridice[5] (separat de bunurile care o alcătuiesc).

În contextul acestei reglementări fondul de comerț va reprezenta o „universalitate de fapt" recunoscută de lege, o formă de manifestare a patrimoniului de afectațiune

---

[1] Art. 21 lit. a) din Legea nr. 26/1990.

[2] Legea nr. 99/1999, în prezent abrogată. Codul civil reține în prezent pentru această materie denumirea de ipotecă mobiliară. Sediul materiei este art. 2387 și urm. C.civ. Obiect al ipotecii poate fi în prezent un bun determinat ori determinabil sau universalități de bunuri (art. 2350 C.civ.).

[3] Art. 2413 C.civ.

[4] Legea nr. 26/1990 prevede obligația profesionistului („comerciantului") de a cere înscrierea în registrul comerțului a mențiunii privind constituirea garanției reale mobiliare asupra fondului de comerț [art. 20 lit. a)].

[5] Art. 541 C.civ.

recunoscut profesionistului care exploatează o întreprindere[1]. În privința acestei universalități este posibilă constituirea unei ipoteci conform declarației legii[2].

Noțiunea de *fond de comerț* mai este prezentă în noul Cod civil în materia uzufructului (art. 745 C.civ.), a conflictului de legi (art. 2638 C.civ.), a regimurilor matrimoniale (art. 340 C.civ.) și în normele care reglementează registrul comerțului.

[1] În sensul calificării fondului de comerț direct ca patrimoniu de afectațiune, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 95; *V. Nemeș*, op. cit., p. 53.

[2] Art. 2368 C.civ.: „Ipoteca convențională asupra unei universalități de bunuri mobile sau imobile, prezente ori viitoare, corporale sau incorporale nu poate fi consimțită decât cu privire la bunurile afectate activității unei întreprinderi".

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul V
Regulile speciale privind executarea obligațiilor profesioniștilor

109. Introducere[1]. Codul civil realizează în primul rând unitatea teoriei generale a obligațiilor de drept privat, indiferent de calitatea persoanei, subiect al raportului juridic. Existența unor prevederi speciale aplicabile profesioniștilor nu atentează la unitatea acestei materii. Nu se poate însă trece cu vederea faptul că sistemul prezent, al unității dreptului privat, include anumite norme care diferențiază raporturile juridice în care participă profesioniștii de restul raporturilor juridice. Într-un final vom găsi, răspândite prin materiile diferite al Codului civil prezent, cvasi-totalitatea normelor speciale care diferențiau obligațiile civile de obligațiile comerciale (abrogate odată cu Codul comercial).

110. Solidaritatea codebitorilor. Codul civil definește obligația solidară între debitori ca acea obligație în care toți subiecții pasivi sunt obligați la întreaga prestație, aceasta însemnând că fiecare debitor poate fi ținut separat pentru întreaga obligație și, subsecvent, executarea acesteia de către unul dintre debitori îi liberează pe toți ceilalți față de creditor (art. 1443 C.civ.).

O asemenea situație este însă una de excepție (nu se prezumă) având ca izvor convenția părților sau legea. Acest ultim izvor de drept pozitiv, chiar Codul civil, impune solidaritatea codebitorilor în privința raporturilor juridice în care una din părți este un profesionist. Legea instituie în acest mod o prezumție de solidaritate cu condiția ca alte norme speciale să nu înlăture această prezumție.

Exprimarea legală este una mai confuză datorită unei lipse de consecvență a Codului civil cu termenii noi din domeniul comercial. Legiuitorul nu folosește termenul de *profesionist*, ci se referă la activitatea unei întreprinderi. În cazul derulării („în exercițiul") unei asemenea activități obligațiile contractate sunt supuse regulii solidarității între debitori[2]. Înțelegând prin profesionist persoana care exploatează o întreprindere putem formula mai simplu norma: obligațiile în care subiect de drept este un profesionist cunosc regula solidarității codebitorilor. Textul legal nu distinge după cum una sau toate părțile raportului juridic sunt profesioniști. În concluzie solidaritatea debitorilor este incidentă în cazul în care cel puțin o parte este profesionist.

În esență regula nu diferă de vechea prevedere comercială a solidarității codebitorilor în obligațiile comerciale[3].

---

[1] *C. Gheorghe*, Regulile speciale privind contractele profesioniștilor, în RDC nr. 11/2011.

[2] Art. 1446 C.civ. Explicația poate fi mai simplă. Art. 1525 C.civ. Québec dispune (varianta în limba engleză): *„Solidarity between debtors is presumed, however, where an obligation is contracted for the service or carrying on of an enterprise"*. Textul a fost preluat integral în Codul civil român deși Codul nostru introduce noțiunea separată de profesionist, inexistentă în Codul canadian.

[3] Art. 42 C.com. (abrogat).

111. Regimul juridic al dobânzilor. Executarea cu întârziere a obligațiilor civile pecuniare provoacă creditorului un prejudiciu astfel încât acesta este îndreptățit la acoperirea acestuia, sub forma dobânzilor.

Dreptul privat are la bază instituția „punerii în întârziere" prin care creditorul trebuie să-i pună în vedere (să-l someze) pe debitorul său să-şi execute obligația scadentă. Această procedură se realizează printr-o notificare scrisă îndreptată de creditor către debitorul său solicitându-i executarea obligației, fie prin cererea de chemare în judecată[1]. Doar după această manifestare expresă de voință creditorul este îndreptățit să ceară executarea dreptului său, împreună cu accesoriile sale. Răspunderea contractuală a debitorului şi, subsecvent, dreptul la daune-interese al creditorului se naşte după această punere în întârziere.

Excepțiile de la regula expusă privesc situațiile când creditorul este exonerat de procedura punerii în întârziere, când debitorul „este de drept în întârziere". Un asemenea caz priveşte din nou situația reglementată normativ pentru întreprinderi, respectiv debitorul se află de drept în întârziere atunci când nu a fost executată obligația de a plăti o sumă de bani, obligație asumată în exercițiul activității unei întreprinderi [art. 1523 alin. (2) lit. d) C.civ.].

Ca şi în cazul anterior, legiuitorul omite să folosească noțiunea de *profesionist*. Obligația asumată în „exercițiul activității unei întreprinderi" priveşte de fapt obligația unui profesionist.

Din nou, situația nu diferă fundamental față vechea regulă comercială care stipula că „datoriile comerciale lichide şi plătibile în bani produc dobândă de drept din ziua când devin exigibile"[2].

Procedura comună a punerii în întârziere nu îi este necesară profesionistului pentru a se bucura de fructele civile ale capitalului său. Înlăturarea unei asemenea formalități sprijină celeritatea şi asigură formalismul redus în raporturile juridice în care participă întreprinderea (de fapt este vorba de profesionistul care exploatează întreprinderea fiindcă în sistemul prezent de drept comercial subiectul de drept este profesionistul, nu întreprinderea).

112. Cuantumul dobânzilor legale aplicabile activităților întreprinderilor. Cuantumul dobânzilor legale a generat abordări contradictorii în doctrina comercială veche, fiind în cele din urmă fixat normativ. Reglementarea prezentă, aliniată Codului civil, distinge între raporturile juridice „care decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ" şi restul raporturilor juridice[3].

Noutatea reglementării este aceea a distincției clare între dobânda contractuală (care reprezintă „prețul capitalului") aplicabilă până la scadență şi dobânda penaliza-

---

[1] Art. 1522 C.civ.: Notificarea se comunică debitorului prin executor judecătoresc sau prin orice alt mijloc care asigură dovada comunicării.

[2] Art. 43 C.com. (abrogat).

[3] O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie şi penalizatoare pentru obligații bănești, precum şi pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar (M.Of. nr. 607 din 29 august 2011). Aceasta a abrogat O.G. nr. 9/2000 privind nivelul dobânzii legale pentru obligații bănești, cu modificările ulterioare.

toare, dobânda datorată pentru neîndeplinirea obligației la scadență (dobânda post-scadență)[1].

Codul civil în sine utilizează doar noțiunile clasice de daune-interese compensatorii și moratorii, daunele moratorii fiind cele născute de debitele neachitate, curgând după scadență în cuantumul contractual sau legal (art. 1535 C.civ.).

Textul normativ special stabilește o dobândă de referință, calculată de B.N.R.[2], relativ la care sunt stabilite nivelurile dobânzilor legale în funcție de două criterii mari: i) calitatea de profesionist comercial sau lipsa acestei calități și ii) tipul de dobândă, respectiv remuneratorie sau penalizatoare.

Pe scurt, dobânda legală remuneratorie este situată la nivelul dobânzii de referință, iar dobânda legală penalizatoare la același nivel la care se adaugă patru puncte procentuale. Aceste niveluri privesc profesioniștii comercianți. Pentru cei care nu au această calitate, rata dobânzii legale este redusă cu 20%[3].

În reglementarea redată dobânda legală are un caracter supletiv, respectiv părțile sunt libere să stabilească, în convenții, rata dobânzii atât pentru restituirea unui împrumut al unei sume de bani (remuneratorie), cât și pentru întârzierea la plata unei obligații bănești (penalizatoare). Dobânda legală este incidentă doar în lipsă de stipulație contractuală expresă[4]. Acest principiu, al libertății contractuale totale în materie, este de fapt aplicabil doar pentru profesioniștii comercianți, nu pentru toate subiectele de drept privat. Cazul general înlătură de fapt expres această libertate, în scop de protecție, și face din acest principiu unul special și restrâns, incident doar în sfera dreptului comercial.

Urmând concepția tradițională, nivelurile pentru dobânzile legale (atât remuneratorii cât și penalizatorii) sunt limitate, în scop de protecție, pentru raporturile juridice care nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ[5]. Astfel, în raporturile juridice care nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ, dobânda nu poate depăși dobânda legală cu mai mult de 50% pe an. Trebuie observată și severitatea reglementării, fiindcă încălcarea acestei norme prohibitive atrage nu doar nulitatea de drept a clauzei privind dobânda, ci și „decăderea" creditorului din dreptul de a pretinde dobânda legală[6]. Suntem în fața unei veritabile sancțiuni patrimoniale de drept civil.

Nivelul dobânzii de referință a B.N.R., folosit pentru stabilirea dobânzilor legale, este publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, prin grija Băncii Naționale a României, ori de cate ori acesta este modificat.

---

[1] Art. 1 alin. (2) și (3) din O.G. nr. 13/2011. „Dobânda datorată de debitorul obligației de a da o sumă de bani la un anumit termen, calculată pentru perioada anterioară împlinirii termenului scadenței obligației, este denumită dobândă remuneratorie", iar „dobânda datorată de debitorul obligației bănești pentru neîndeplinirea obligației respective la scadență este denumită dobândă penalizatoare".

[2] Art. 3 din O.G. nr. 13/2011. Rata dobânzii de referință a Băncii Naționale a României este rata dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României.

[3] Art. 3 alin. (3) din O.G. nr. 13/2011.

[4] Art. 1 și 2 din O.G. nr. 13/2011.

[5] Art. 5 alin. (1) din O.G. nr. 13/2011.

[6] Art. 5 alin. (2) din O.G. nr. 13/2011.

Dobânzile penalizatoare au natura unor clauze penale în declarația actului normativ special[1]. În privința daunelor-interese moratorii, Codul civil renunță la regula veche după care acestea erau total epuizate de dobânzile datorate. Astfel, dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit (art. 1535 C.civ.). Această normă deschide calea pentru creditor de a solicita (și proba) daune interese moratorii mai mari decât dobânda datorată care era considerată în mod tradițional o evaluare legală (sau convențională) completă și incontestabilă a prejudiciului suferit.

113. Combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante. Regimul dobânzilor aferente activității întreprinderilor este completat cu o reglementare specială privind raporturile juridice în care ambele părți sunt profesioniști (sau un profesionist și o autoritate administrativă)[2] Reglementarea reprezintă implementarea sârguincioasă a unui izvor derivat de drept european[3] axat strict pe tranzacțiile comerciale. Scopurile reglementării țintesc dobânzile penalizatoare, cele care se nasc dacă creditorul si-a îndeplinit obligațiile contractuale și nu a primit suma datorată la scadență, cu excepția cazului în care debitorului nu îi este imputabilă întârzierea.

Dobânda penalizatoare curge în acest caz de la scadență pana la momentul plății, iar dacă termenul de plată nu a fost prevăzut în contract, dobânda penalizatoare curge de la 30 de zile calendaristice de la data primirii de către debitor a facturii sau, dacă data primirii facturii este anterioara primirii bunurilor sau prestării serviciilor, după 30 de zile calendaristice de la recepția mărfurilor sau prestarea serviciilor[4]. Limitările normative cele mai importante, și invazive în privința libertății contractuale, țin de interdicția unor termene contractuale de plată mai mari de 60 de zile calendaristice și de faptul că părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii sau primirii facturii, sub sancțiunii nulității absolute a clauzei[5].

Regimul derogator al raporturilor juridice dintre profesioniști (si dintre aceștia si autoritățile contractante) stabilesc o dobânda legala penalizatoare la nivelul ratei dobânzii de referința plus 8 puncte procentuale[6].

---

[1] Art. 10 din O.G. nr. 13/2011.

[2] Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante (M.Of. nr. 182 din 2 aprilie 2013).

[3] Directiva 2011/7/UE a Parlamentului European si a Consiliului privind combaterea întârzierii în efectuarea plaților în tranzacțiile comerciale (JOUE L 48 din 23 februarie 2011).

[4] Art. 3 din Legea nr. 72/2013. Dacă legea sau contractul stabilește o procedura de recepție ori de verificare, permițând certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor termenul de plată este de 30 de zile calendaristice de la realizarea acestei proceduri – care nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor.

[5] Art. 5 din Legea nr. 72/2013.

[6] Art. 20 din Legea nr. 72/2013. După alin. (2) al art. 3 din O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru

Reglementările privind raporturile juridice dintre profesioniști sunt reluate, *mutatis mutandis*, în privința raporturilor juridice dintre aceştia şi autoritățile administrative acționând în interiorul capacității lor de drept civil (comercial)[1].

Dincolo de daunele interese cuvenite creditorului pentru toate cheltuielile făcute pentru recuperarea creanței, în condițiile neexecutării la timp a obligației de plata de către debitor, acesta este îndreptățit la plata unor daune suplimentare minimale. Noțiunea trebuie înțeleasă ca o sancțiune civilă pură, fără echivalent direct cu prejudicial suferit[2].

Altă noutate ține de regimul clauzelor abuzive. Urmând tendința mai veche de extindere a regimului prohibitiv al clauzelor abuzive de la raporturile juridice dintre consumatori şi profesioniști la toate raporturile juridice, adică şi la cele dintre profesioniști, izvorul normativ interzice şi exemplifică clauze contractuale abuzive dintre profesioniști, privind regimul neexecutării la termen a obligațiilor (comerciale). Cauza reglementării trebuie căutată în realizarea unei poziții dominante co-contractantului în raport cu o întreprindere mica sau mijlocie ce tinde a fi subordonată economic.

Prevederea contractuala prin care creditorul este supus, în mod vădit inechitabil, unor prevederi privind termenul de plata, nivelul dobânzii pentru plata întârziata sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

Sancțiunea legală este nulitatea absolută a clauzelor abuzive şi răspunderea patrimonială pentru prejudiciile cauzate de acestea[3].

Legea califică în mod absolut anumite clauze ca fiind abuzive, fără a limita libertatea de apreciere a magistratului în privința altor prevederi: clauze care exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare sau stabilesc dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare; clauze care fixează o obligație de punere în întârziere pentru a opera curgerea dobânzilor; clauze care prevăd un termen mai mare de la care creanța produce dobânzi decât cel legal; clauze care fixează un termen de plata mai mare decât cel legal; clauze care elimina posibilitatea plății de daune-interese suplimentare; clauze care stabilesc un termen pentru emiterea sau primirea facturii[4].

Noutatea acestui regim derogator aplicabil profesioniştilor este manifestă, rămâne însă ca practica comercială să-l adopte şi să-l utilizeze în chip adecvat pentru a nu rămâne doar o intenție de aliniere europeană, o formă fără fond aşa cum pot fi contabilizate multe creații normative recente.

114. Prețul în raporturile juridice dintre profesioniști. Conform regulilor instituite de Codul civil, lipsa prețului în raporturile juridice dintre profesioniști nu afectează obiectul contractului. Dacă aceştia nu stabilesc prețul (determinat) şi nu indică nicio modalitate pentru a-l determina (determinabil), atunci va fi incident prețul practicat în

---

reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar (M.Of. nr. 607 din 29 august 2011), aprobată prin Legea nr. 43/2012, se introduce un nou alineat, 2[1], cu această prevedere.

[1] Art. 6-8 din Legea nr. 72/2013.

[2] Art. 10 din Legea nr. 72/2013. Dacă sunt întrunite condițiile întârzierii la plata, creditorul poate pretinde debitorului plata contravalorii în lei la data plății a sumei de 40 euro, reprezentând daune-interese suplimentare minimale.

[3] Art. 15 din Legea nr. 72/2013.

[4] Art. 14 din Legea nr. 72/2013.

mod obişnuit în domeniul respectiv pentru aceleaşi prestaţii, realizate în condiţii comparabile sau, în lipsa unui asemenea preţ, un „preţ rezonabil" (art. 1233 C.civ.).

115. Răspunderea civilă. Codul civil conţine teoretizarea unui sistem sancţionator propriu bazat pe necesitatea reparării prejudiciilor induse celorlalte persoane de drept. Bazele reglementării instituie o obligaţie negativă generală: orice persoană are îndatorirea sa respecte ordinea juridică instituită prin sistemul normativ alcătuit din toate izvoarele sale şi obligaţiile asumate liber de părţi şi să nu aducă atingere drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. Plasarea în afara acestui comportament atrage răspunderea juridică, îndatorirea de a repara toate prejudiciile cauzate, fiind obligat sa le repare integral. În funcţie de izvorul răspunderii aceasta poate fi contractuală sau legală (delictuală). Orice abordare a răspunderii include o apreciere asupra vinovăţiei, element reglementat acum şi de Codul civil ((art. 16 C.civ.), sub forma intenţiei şi a culpei. Răspunderea civilă delictuală, dreptul comun în materie, include în mod necesar, ca element constitutiv supus probaţiunii, vinovăţia făptuitorului (art. 1357 C.civ.). Aprecierea asupra vinovăţiei prezintă o particularitate în privinţa profesioniştilor, respectiv la aprecierea vinovăţiei se va tine seama de faptul că prejudiciul a fost cauzat de un profesionist în exploatarea unei întreprinderi (art. 1358 C.civ.). Formularea legală instituie un sistem mai sever pentru profesionişti. Prin activitatea lor aceştia sunt ţinuţi de reguli mai stricte de tragere la răspundere. Deşi formularea legală nu instituie un adevărat sistem obiectiv, de răspundere independent de culpă, ea reprezintă un pas făcut în această direcţie.

116. Domiciliul profesional. Exploatarea unei întreprinderi creează raporturi juridice specifice în legătură cu această realitate. Profesionistul persoană fizică şi persoană juridică sunt obligaţi, odată cu satisfacerea cerinţelor de înregistrare şi publicitate să stabilească un sediu, un domiciliu legal pentru această entitate. Atributele de identificare stabilite de legile speciale pentru profesionişti obligă la această realitate. Exploatarea întreprinderii se poate realiza prin mai multe stabilimente sau locaţii cu grad ridicat de stabilitate. Sau întreprinderea însăşi poate fi o formă fără personalitate juridică care să cunoască obligaţia declarării unei locaţii. Codul civil recunoaşte existenţa unui domiciliu profesional, separat de atributele de identificare ale profesionistului, pentru activitatea sistematică de exploatare a întreprinderii. Cel care exploatează o întreprindere are domiciliul si la locul acelei întreprinderi, raportat la obligaţiile patrimoniale ce s-au născut sau urmează a se executa în acel loc (art. 96 C.civ.). Efectele reglementării pot fi de natură procesuală[1] sau de drept internaţional privat (art. 2570 C.civ.).

117. Divulgarea secretului comercial. Secretul comercial este o noţiune generică pentru Codul civil, fără o arie de cuprindere delimitată. În această categorie pot intra date apărate de drepturi de proprietate intelectuală sau doar informaţii aflate sub

[1] Art. 113 alin. (2) C.proc.civ. Codul instituie o competenţă teritorială alternativă. Dacă pârâtul exercită statornic o activitate profesională, agricolă, comercială, industrială sau altele asemenea reclamantul poate sesiza instanţa de la locul activităţii respective pentru obligaţiile patrimoniale născute sau având locul de executare în acel loc.

incidența obligațiilor contractuale de confidențialitate sau loialitate față de un profesionist. În orice caz încălcarea regimului legal al unor asemenea date atrage răspunderea făptuitorului, patrimonială, contravențională sau penală. Izvorul legal al răspunderii poate rezida în legea pentru combaterea concurenței neloiale[1], legislația privind proprietatea intelectuală și dreptul de autor etc. În materia răspunderii patrimoniale (atât delictuală cât și contractuală) legiuitorul instituie o cauză originală de înlăturare a răspunderii, respectiv o persoană este exonerată de răspundere pentru prejudiciul cauzat prin divulgarea secretului comercial dacă divulgarea a fost impusa de împrejurări grave ce priveau sănătatea sau siguranța publică (art. 1363 C.civ.). Reglementarea este una originală în materia civilă însă atractivitatea rămâne redusă cât timp răspunderea penală rămâne să fie apreciată sub regimul Codului penal.

[1] Art. 5 din Legea nr. 11/1991, modificată.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul VI
Probațiunea obligațiilor profesioniștilor

118. Regimul probator comercial. Specificul raporturilor juridice la care participă profesioniștii determină și anumite caracteristici ale condițiilor de probă a drepturilor subiective care alcătuiesc conținutul raporturilor juridice de drept comercial.

Normele privind probațiunea, în materia comercianților, se aflau în Codul comercial[1]. Ele vor fi preluate de noul Cod de procedură civilă care, în observarea sistemul monist de drept privat, reglementează și acesta în mod unic raporturile juridice procedurale civile.

Codul comercial conținea o inventariere a probelor admise în domeniul comercial împreună cu regulile speciale aplicabile acestora. Subsecvent acestei reglementări, obligațiile comerciale se probau cu: acte autentice; acte sub semnătură privată; facturi acceptate; corespondența, telegrame; registrele părților; martori, de câte ori instanța judecătorească ar crede că trebuie să admită proba testimonială, și aceasta chiar în cazurile prevăzute de art. 1191 C.civ. din 1864 – abrogat (art. 46 C.com., abrogat).

Mijloacele de probă sunt, în mod așteptat, comune în mare parte pentru tot dreptul privat. Condițiile de admisibilitate sunt cele care induc norme speciale în domeniul comercial.

119. Proba prin înscrisuri. Proba cu înscrisuri, în cele două forme, înscrisuri sub semnătură privată și înscrisuri autentice, este proprie și raporturilor juridice dintre profesioniști.

Noua reglementare reține diferențele din materia profesioniștilor atunci când înlătură cerințele (formalitățile) multiplului exemplar în privința contractelor sinalagmatice și formula „bun și aprobat" pentru contractele unilaterale, în cazul raporturilor juridice dintre profesioniști[2].

Codul de procedură civilă reglementează în mod distinct înscrisurile sub semnătură privată întocmite de profesioniști. Înlăturarea formalismului între profesioniști este consfințită în domeniu de reglementări noi care țin cont de realitatea activităților economice. Astfel, Codul reglementează o noțiune atipică: înscrisul nesemnat utilizat în mod obișnuit în exercițiul activității unei întreprinderi pentru a constata un act juridic. În această categorie pot intra diverse formulare, avize, produse de sistemele informatice. Inclusiv unele documente contabile, precum facturile și bonurile circulă n

---

[1] Codicele de comerț din 1887 (M.Of. nr. 31 din 10 mai 1887) a rămas în vigoare în privința materiei probelor (art. 46-55, 57 și 58) până la intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, respectiv Legea nr. 134/2010, cu modificările și completările ulterioare. Legea de punere în aplicare a Codului de procedură civilă, în forma prezentă, a stabilit data de 15.02.2013 ca dată de intrare în vigoare a acestui Cod și, implicit, abrogarea normelor rămase încă în vigoare din Codul comercial.

[2] Art. 277 C.proc.civ. care înlătură de la aplicare art. 274 și 275 C.proc.civ.

mod legal fără obligativitatea contrasemnării de profesionist. În declarația legii astfel de înscrisuri fac dovada deplină a cuprinsului lor dacă legea nu prescrie forma scrisă pentru actul juridic (*ad probationem*)[1]. Tot pentru simplificare probatorie Codul de procedură civilă rescrie regulile pentru data certă a înscrisurilor folosite în exercițiul activității unei întreprinderi, respectiv este instituită o prezumție de certificare a datei. Înscrisul sub semnătura privată întocmit în aceste condiții este prezumat a fi fost făcut la data consemnata în cuprinsul sau. Prezumția este una relativă, putând fi combătuta cu orice mijloc de proba. În ipoteza lipsei datei de pe înscrisul folosit în mod obișnuit în exercițiul activității unei întreprinderi aceasta poate fi stabilită în raporturile dintre părți cu orice mijloc de probă [art. 277 alin. (4) C.proc.civ.].

Reglementarea înscrisurilor stocate electronic este o reglementare în pas cu vremurile a Codului de procedură civilă. Dezvoltarea societății informatice și asaltul ei asupra activităților economice nu putea rămâne fără ecou normativ. Stocarea datelor actelor juridice în medii electronice este o realitate receptată de întregul drept civil, nu doar de dreptul comercial. Dificultățile de evaluare a suporturilor informatice și lipsa unei certificări absolute a conformității și nealterării datelor sunt realități cunoscute. Legiuitorul a ales însă o soluție îndrăzneață pentru a valorifica datele stocate electronic, respectiv a instituit o prezumție de validitate a înscrierilor pe suport electronic, prezumție relativă care poate fi răsturnată dacă suportul electronic nu prezintă garanții suficient de serioase pentru a face deplină credință în privința conținutului acestuia si a identității persoanei de la care acesta emană (art. 282 C.proc.civ.).

Înscrierea datelor unui act juridic pe suport informatic este prezumata a face deplină dovadă în privința acestor acte între părți, până la proba contrară. Dacă însă înscrierea este efectuată de către un profesionist prezumția poate profita oricărui terț (art. 283 C.proc.civ.).

120. Proba cu martori. Proba testimonială cunoaște o arie de admisibilitate mai mare în domeniul raporturilor juridice dintre profesioniști, respectiv aceasta este permisă ori de câte ori instanța judecătorească consideră că trebuie să admită proba testimonială, și acesta chiar în cazurile prevăzute de art. 309 alin. (2) C.proc.civ.[2] Reglementarea înlătură limitările specifice ale admisibilității probei testimoniale, dar admiterea în sine a probei rămâne la latitudinea instanței de judecată. Cel puțin în principiu, ca o condiție de admisibilitate, proba testimonială nu se lovește de interdicțiile comune, respectiv poate fi folosită și pentru dovedirea unui act juridic care are o valoare mai mare de 250 lei, dacă forma scrisă nu este cerută de lege. Proba se poate face însă în această situație doar cu respectarea a două condiții cumulative: doar împotriva unui profesionist și pentru raporturi juridice născute din exercitarea activității întreprinderii (profesionale).

Separat de probarea actelor juridice prin proba testimonială Codul de procedură civilă reglementează și posibilitatea combaterii înscrisurilor cu proba cu martori. De această dată reglementarea procedurală nu mai admite nicio excepție, respectiv interdicția probei cu martori împotriva sau peste ceea ce cuprinde un înscris sau despre

[1] Art. 277 alin. (2) C.proc.civ.

[2] Referirea este la noul Cod de procedură civilă. Norma veche se afla în art. 1191 C.civ. din 1864.

ceea ce s-ar pretinde că s-ar fi zis înainte, în timpul sau în urma întocmirii lui este una care se aplică și profesioniștilor [art. 309 alin. (5) C.proc.civ.].

121. Probele specifice activității profesioniștilor. Probele comerciale specifice sunt înscrisuri particulare folosite în activitatea profesioniștilor. Particularitățile acestor înscrisuri atrag anumite reguli proprii care nu contravin în substanța lor reglementarea observată pentru înscrisuri în general. Codul comercial reglementa, în mod explicit, ca mijloace de probă specifice, facturile acceptate, corespondența, telegramele și registrele comerciale.

Noul Cod de procedură civilă incorporează aceste noțiuni, după cum face referire și la înscrisurile încheiate în formă electronică, în activitatea oricăror subiecte de drept.

Facturile acceptate. Factura comercială este un înscris sub semnătură privată cu rol constatator al prestării unor servicii sau livrării unor bunuri, factură care se bucură de atenția normelor fiscale. Armonizarea cu reglementările europene, nevoia de uniformizare a înscrisurilor comerciale constatatoare ale operațiunilor încheiate, a simplificat aceste înscrisuri și, mai ales, a eliminat cerințele de supraveghere administrativă (regim special, certificarea înserierii etc.)[1].

Factura fiscală reprezintă exprimarea unui consimțământ în privința unei operațiuni perfect determinată (părți, obiect, preț etc.), reprezintă o ofertă comercială completă. Ca orice înscris sub semnătură privată, factura comercială face dovadă împotriva subscriitorului (și în favoarea beneficiarului).

Acceptarea facturii face să se consemneze un acord de voință asupra unui obiect determinat, naște un contract comercial cu toate elementele sale.

Acceptarea facturii poate fi expresă sau tacită. Acceptarea facturii este expresă când beneficiarul semnează cu mențiunea „acceptat" pe un exemplar al facturii sau își exprimă consimțământul printr-un înscris separat.

Acceptarea facturii este tacită în toate cazurile în care comportamentul beneficiarului exprimă neîndoielnic existența raportului juridic. Plata prețului și epuizarea celorlalte efecte ale actului juridic probează neîndoielnic acceptarea.

Corespondența comercială. Telegramele. Corespondență comercială cuprinde toate înscrisurile emanate de la comercianți având ca obiect activitățile economice. Ca și facturile neacceptate, acestea fac dovadă doar împotriva subscriitorului.

Telegramele reprezintă o formă simplificată de corespondență. Specific telegramei, destinatarul primește conținutul unei comunicări, nesemnată de expeditor. Regulile expedierii poștale impun ca înscrisul cu conținutul comunicării originale să fie predat de expeditor oficiului telegrafic. În aceste condiții probațiunea comunicării este realizată precum în cazul oricărei corespondențe. Comunicațiile moderne au înlocuit mijloacele clasice comerciale. Telegraful, ca și faxul, au ieșit din zona de comunicare comercială. Poșta electronică și comunicațiile prin internet au pus stăpânire pe comunicarea comercială prin rapiditate și adaptabilitate. Probațiunea în era electronică ridică probleme aparte datorită lipsei garanțiilor împotriva alterării conținutului. În caz

[1] Art. 155 C.fisc. Factura electronică este reglementată și ea, anticipând înscrisurile stocate pe suport electronic din Codul de procedură civilă.

de litigiu există expertizele informatice care pot proba caracterul ingenuu al înscrisurilor stocate electronic.

Registrele profesioniştilor[1]. Obligaţiile profesionale care incumbă profesioniştilor-comercianţi conţin şi ţinerea regulată a registrelor comerciale, înscrisuri care cunosc o reglementare atentă în legislaţia contabilă.

Registrele au, pe lângă funcţiile de evidenţă şi reflectare a activităţii comerciale, şi o funcţie probatorie, dată de calitatea lor indubitabilă de înscrisuri sub semnătură privată care emană de la un profesionist.

Codul Comercial instituia reguli clare în privinţa forţei probatorii a acestor registre în raporturile dintre profesionişti (comercianţi la a cea dată). Dacă registrele erau ţinute în mod legal ele puteau avea o forţă probatorie recunoscută inclusiv în favoarea comerciantului. În caz contrar pot fi folosite ca mijloc de probă numai în contra comerciantului căruia îi aparţin, nu şi în favoarea să. Esenţa reglementării este preluată de nou cod.

În reglementarea noului Cod de procedură civilă registrele profesioniştilor fac deplină dovadă între aceştia pentru faptele şi actele legate de activitatea lor profesională dacă sunt întocmite şi ţinute cu respectarea dispoziţiilor legale. În caz contrar ele fac dovadă contra celor care le-au întocmit, fără putinţă de scindare chiar şi în acest caz. Încuviinţarea şi forţa probantă a unor asemenea registre este lăsată la aprecierea şi decizia instanţei de judecată [art. 280 alin. (3) C.proc.civ.] care poate aprecia şi conferi conţinutului registrelor unui profesionist o putere doveditoare sporită sau poate să renunţe la această probă dacă registrele părţilor nu concordă după cum poate şi să atribuie o credibilitate mai mare doar registrelor uneia dintre părţi.

Registrele profesioniştilor sunt supuse obligaţiei de înfăţişare sau comunicare în faţa instanţei dacă această ordonă, la cererea unei părţi sau din oficiu.

122. Alte mijloace de comunicare. Comunicaţiile prezente sunt tributare în mare parte mijloacelor electronice şi reţelelor de calculatoare (internetul).

Accepţiunea legală a înscrisului, ca orice mijloc material capabil să reţină şi să reproducă o exprimare de voinţă, acoperă în mare parte formele moderne de stocare şi redare a datelor: discurile sau benzile magnetice, discurile optice, microfilmele etc.

În concluzie, regulile bine fixate din materia înscrisurilor pot fi extrapolate şi în privinţa altor forme de comunicare, iar valoarea lor probatorie rămâne să fie verificată după cum certifică o exprimare de voinţă sau chiar un acord de voinţă.

Înscrisurile sub formă electronică reprezintă forma cea mai revoluţionară de înscris. Dincolo de spectaculosul operaţiunii, declaraţia legii este una clară: dacă sunt încheiate în condiţiile reglementate (având ataşată o semnătură electronică extinsă, valabilă, a părţilor) au exact aceeaşi forţă probatorie ca şi un înscris sub semnătură privată[2].

[1] Art. 2804 C.proc.civ.

[2] Art. 5 din Legea nr. 455/2001.

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Patrimoniile de afectațiune reprezintă una din confirmările aduse de Codul civil unei noțiuni ante-existente în dreptul comercial recent. Codul civil nu se preocupă în mod special decât de masele fiduciare și patrimoniile de afectațiune exercitării unei profesii autorizate. Patrimoniul de afectațiune comercial, creat în condițiile legii de profesioniști, nu captează atenția Codului civil deși O.U.G. nr. 44/2008 reprezintă un precedent în materie.

Care sunt diferențele de regim juridic aplicabile patrimoniilor de afectațiune aferente profesiilor autorizate și profesioniștilor. Sunt justificate asemenea diferențe?

2. Una dintre reglementările importante ale vechiului drept comercial privea regimul juridic al actelor de comerț mixte, respectiv situația când doar una din părțile raportului juridic are calitatea de comerciant. Soluția normativă de la acea dată era aceea a extinderii aplicării legii comerciale la întreg raportul juridic, fără ca subiectul de drept necomerciant să dobândească și obligațiile legale instituite în persoana comercianților. În prezent, odată cu unitatea dreptului privat o asemenea soluție nu mai există.

Excepțiile privind regimul juridic aplicabil obligațiilor izvorâte din activitatea unei întreprinderi (comerciale) sunt aplicabile doar între profesioniști sau și în raporturile juridice născute între profesioniști și neprofesioniști. Există o soluție unitară asupra acestei problematici?

3. Noțiunea de *fond de comerț* are o incidență foarte redusă în Codul civil prezent – în materia regimului matrimonial al comunității legale și în materia uzufructului – și rolul său tradițional pare mult diminuat în economica normativă.

Care sunt similitudinile și diferențele dintre următoarele noțiuni: patrimoniu de afectațiune, universalitate de fapt și fond de comerț. Mai este fondul de comerț o noțiune comercială esențială sau doar o relicvă de care dreptul comercial prezent se poate lipsi?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Principii generale de drept privat și de drept comercial.
2. Formarea contractelor juridice.
3. Patrimonii de afectațiune.
4. Reguli de separare a maselor patrimoniale.
5. Solidaritatea codebitorilor.
6. Regimul juridic al dobânzilor.
7. Fondul de comerț; natura juridică și elementele sale.
8. Probațiunea în dreptul comercial.

BCU CENTRU UNIVERSITAR LIBRARY

C. Exemple de teste tip grilă

1. Dobânzile creanțelor izvorâte din activitatea de exploatare a întreprinderilor curg, ca regulă:
a) la cererea creditorului efectuată în forma ceruta de lege;
b) după 30 de zile de la cumpărarea mărfii;
c) de la data scadenței.

2. Solidaritatea co-debitorilor pentru creanțele izvorâte din activitatea de exploatare a întreprinderilor acționează:
a) dacă ei sunt din aceeași societate;
b) în lipsă de stipulație contrară, contractuală sau legală;
c) doar dacă contractul o prevede.

3. Proba testimonială poate fi încuviințată în cazul probării actelor juridice în contra profesioniștilor în valoare de peste:
a) 10 lei;
b) 250 lei;
c) indiferent de valoare.

Bibliografie specifică

Bîrsan, C., Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2013.

Boroi (coord.), G., Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Ed. Hamangiu, București, 2013.

Boroi, G., Stănciulescu, L., Instituții de drept civil, în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2012.

Cărpenaru, St.D., Drept comercial român, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2008.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010.

Hamangiu, C., Rossetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., Tratat de drept civil român, vol. I, Restitutio, Ed. All Beck, București, 1996.

Nemeș, V., Drept comercial. Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2012.

BCU IAȘI - CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL IV
Instituții de drept comercial

Cuprins

Capitolul I. Contractul de societate
Capitolul II. Contractul de fiducie
Capitolul III. Administrarea bunurilor altuia
Capitolul IV. Sistemul sancționator de drept privat
Teme de dezbatere și teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Contractul de societate

123. Calificarea conceptului de societate. Codul civil reglementează contractul de societate alături de alte tipuri de contracte speciale (Titlul IX din Codul civil, Capitolul VII), după contractul de vânzare-cumpărare, contractul de schimb, contractul de furnizare, contractul de report, locațiune și antrepriză. Modul de reglementare nu include și nu trimite în niciun fel la noțiunile de *profesionist* și *întreprindere*, în sensul unității declarate a Codului civil.

Din start însă, reglementarea induce o notă de incertitudine. Legiuitorul simte nevoia să vorbească nu despre specii de contracte de societate, ci despre specii de societăți, despre societatea simplă și societatea cu personalitate juridică. În cazul ultimelor sintagma este îndreptățită fiindcă desemnează persoane de drept distincte. În privința contractului de societate referirea la societatea simplă, capital social, obligații sociale, administrarea societății, dizolvarea și lichidarea societății etc. dezvăluie de fapt o realitate juridică supra-contractuală, o formă de organizare cu un scop lucrativ declarat.

Într-adevăr, societatea este mai mult decât un contract, societatea simplă reprezintă o organizare autonomă proiectată pentru exercitarea în comun de activități economice cu o finalitate lucrativă declarată (împărțirea beneficiilor sau folosirea economiei ce ar putea rezulta). Este o întreprindere economică în sensul definit chiar de Codul civil. Profesionistul care o exploatează este reprezentat de un grup de persoane care nu se bucură de personalitate juridică. Aceasta este dificultatea pe care o resimte legiuitorul și o lasă neabordată. Capitalul social, obligațiile sociale, lichidarea etc., nu se pot referi la un act juridic multilateral, la un contract de societate. Tratarea unitară a societăților – societate simplă, societate în nume colectiv etc. – are la bază această unitate relevată. Este vorba, în toate cazurile de profesioniști, de subiecte de drept care exploatează o întreprindere surprinsă în forme de organizare diferite.

124. Definirea conceptului. Construcția societară are la bază un contract de societate. De aici trebuie să pornească analiza societăților, acesta fiind punctul comun, declarat de reglementarea civilă.

Contractul de societate este actul juridic prin care două sau mai multe persoane se obligă să desfășoare împreună activități economice, să contribuie în acest scop cu o participație proprie convenită (aporturi), cu finalitatea obținerii și împărțirii de beneficii sau economii din activitate, iar în mod corelativ să suporte eventualele pierderi proporțional cu participarea la distribuția beneficiului, dacă prin contract nu s-a stabilit altfel [art. 1881 alin. (1) și (2) C.civ.]. Dreptul român a preluat pentru societate un dublu scop: realizarea și împărțirea de beneficii, dar și realizarea de economii fapt ce permite o mare flexibilitate și aplicabilitate pentru construcția societară[1].

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., p. 116. Societatea de drept francez avea ca unic scop obținerea și împărțirea beneficiilor. Legea franceză din 4.01.1978 redefinea societatea (art. 1832 C.civ. francez) ca având ca scop atât împărțirea beneficiilor, cât și realizarea de economii.

Prin scopurile declarate finalitatea cooperării este una strict lucrativă. Prin numărul de participanți, de minim doi, avem un subiect de drept colectiv însă personalitatea juridică nu este de esența construcției juridice. Societatea se poate constitui cu sau fără personalitate juridică. Societatea cu personalitate juridică se una din creațiile de persoane morale de drept privat, contrapusă asociațiilor și fundațiilor prin scopul lucrativ declarat al societății. Distincția nu este însă chiar atât de evidentă cum pare, realizarea de beneficii nefiind interzisă nici asociațiilor fără scop lucrativ. Doctrina distinge ca posibile criterii de clasificare a persoanelor de drept privat realizarea de beneficii sau de economii, dar și partajarea acestora. Din această perspectivă distincția principală dintre societăți și asociații stă nu atât în realizarea beneficiilor (care uneori este posibilă și în cadrul asociaților fără să fie un scop în sine) cât în posibilitatea partajării acestora (care este regula în materia societății în timp ce asociațiile nu realizează distribuiri către membri)[1].

Contractul de societate este în prezent bine conturat normativ putându-se extrage cu ușurință caracterele sale juridice (contract multilateral, comutativ, oneros, numit[2]).

125. Condiții de validitate. Contractul de societate urmărește condițiile clasice de validitate la care adaugă câteva elemente proprii. *Capacitatea* cerută pentru încheierea contractului este deplina capacitate de exercițiu[3], iar sfera incapacității nu poate fi decât o excepție. Regula, aceea a capacității încheierii contractului de societate, nu face decât să afirme principii fundamentale ale dreptului: libertatea de asociere și principiul libertății contractuale (libertatea comerțului în dreptul comercial). În mod declarat poate fi asociat orice persoană fizică sau persoană juridică, dacă legea nu le oprește în mod expres.

Codul civil rezolvă și situația dobândirii calității de asociat, prin constituire sau achiziționare de titluri, de către soții aflați sub regimul matrimonial al comunității legale. Soluția privește doar situația sensibilă a bunurilor comune, în rest nefiind nevoie de adăugiri normative. Un soț nu poate deveni asociat prin aportarea de bunuri comune decât cu consimțământul celuilalt soț [art. 1882 alin. (1) C.civ.]. În această situație calitatea de asociat este dobândită de soțul care a aportat bunul comun, acesta exercitând singur drepturile aferente acestei calități. Titlurile dobândite însă, capătă, prin subrogație reală cu titlu particular, calitatea de bunuri comune. Reglementarea mai conține o alternativă pentru bunurile comune folosite de soți pentru constituirea unei societăți sau dobândirea de titluri la aceasta, respectiv fiecare soț care-și exprimă voința în acest sens capătă calitatea de asociat și dobândește părțile sociale sau alte titluri, aferente unei jumătăți din valoarea bunului, caz în care titlurile ce revin fiecăruia dintre soți sunt

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., p. 118-122. Autorul propune renunțarea la clasificarea persoanelor de drept privat în societăți, asociații și GIE și reținerea doar a două categorii: persoane cu scop lucrativ și fără scop lucrativ.

[2] În sensul că societatea nu este un contract sinalagmatic, deoarece obligațiile părților nu sunt reciproce și interdependente, a se vedea *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, Dreptul contractelor civile și comerciale în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 279.

[3] A se vedea *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, op. cit., p. 283 pentru situația dobândirii capacității depline prin căsătorie de către minori.

bunuri proprii. O asemenea variantă are însă nevoie, în situația constituirii societății, sau cazul altor societăți de persoane, de acceptul celorlalți asociați.

Din punctul de vedere al *obiectului* actului juridic, contractul de societate trebuie să aibă un obiect determinat şi licit, în acord cu ordinea publică şi bunele moravuri.

Condițiile de formă impuse contractului solicită forma scrisă, numai pentru dovada contractului (*ad probationem*). Unele tipuri de societăți cunosc însă condiții speciale de validitate în privința formei actului. Astfel, contractul prin care se înființează o societate cu personalitate juridică trebuie încheiat în formă scrisă (*ad validitatem*). Mai mult, existența imobilelor între aporturi împrumută contractului forma cerută pentru constituirea de drepturi asupra acestora. În concluzie în cazul aportului unor bunuri imobile (sau altor drepturi reale asupra lor) contractul se încheie în formă autentică.

126. ***Affectio societatis.*** Tipic contractului de societate şi tuturor speciilor de societate este dorința de cooperare, de desfăşurare în comun a activităților economice. Toată materia contractuală are la bază acordul mutual, înțelegerea părților care naşte raportul lor juridic. Contractele sinalagmatice sunt guvernate de dorința părții de a obține o anumită prestație de la contraparte în condițiile în care este conştientă de obligațiile proprii care îi revin (contract comutativ). Contractul de societate are ca specific colaborarea, alianța de natură economică pe care asociații, în vederea exercitării activității economice, o perfectează între ei. Soarta actelor juridice încheiate în viitor cu terții, rezultatul acestor activități economice în general (profit sau pierdere), nu este un element asupra căruia asociații să aibă o reprezentare deterministă. Părțile au ales să exercite în comun activitățile viitoare, dar prestațiile primite sau datorate în urma acestor activități nu mai privesc exclusiv persoana fiecărui asociat, întrucât terții contractează cu societatea. Voința de cooperare capătă în concluzie o dimensiune esențială pentru mecanismul contractului de societate. Totuşi acest element nu transformă în mod automat contractul de societate într-un contract *intuitu personae*[1]. Ca exemplu, societatea pe acțiuni, specie evoluată a societăților cu personalitate juridică, nu se bazează pe un act constitutiv *intuitu personae*, dar elementul *affectio societatis* este prezent şi la această societate, chiar dacă într-o formă mai diluată.

127. Regimul aporturilor. Propriu materiei societare este obligația de aportare. Calitatea de asociat este direct legată de participarea cu bunuri proprii la desfăşurarea în comun a activității. Din această cauză fiecare asociat trebuie să contribuie la constituirea societății prin aporturi în *bani*, în *bunuri*, în *prestații sau cunoştințe specifice*. Odată cu aducerea în comun a aporturilor, regimul juridic al acestora se schimbă, respectiv are loc o modificare în privința titularului dreptului, dacă asociații nu au convenit doar transmiterea folosinței. În cazul societății cu personalitate juridică, aporturile intră în patrimoniul societății, distinct de patrimoniile asociaților. În cazul societății simple (fără personalitate juridică), legea declară constituirea convențională a unei proprietăți comune, pe cote-părți, a asociaților (art. 1883 C.civ.).

[1] În sensul că societatea, în general şi în principiu nu este un contract *intuitu personae*, a se vedea *L. Stănciulescu, V. Nemeş*, op. cit., p. 280.

128. Contractul de societate, dreptul comun în materia societăților. Codul civil declară, dacă mai era nevoie, caracterul de drept comun al materiei societății simple față restul reglementărilor societare. Prin enumerarea speciilor de societate Codul civil și probează acest lucru, devenind izvor de drept în privința tuturor societăților, cu sau fără personalitate juridică. Formele societare vor fi: societatea simplă, societatea în participație, societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă, societatea cu răspundere limitată, societatea pe acțiuni, societatea în comandită pe acțiuni, societatea cooperativă (art. 1888 C.civ.). Enumerarea rămâne una deschisă fiindcă legiuitorul poate crea și alte forme societare.

Secțiunea 1. Societatea simplă

129. Preliminarii. Societatea simplă se bucură de o reglementare completă dintr-o perspectivă societară, nu contractuală. Constituirea, funcționarea și încetarea societății își găsesc în Codul civil o reglementare exemplară pentru întreg domeniul societar. Din punct de vedere practic reglementarea are valoare redusă fiindcă succede, în loc să preceadă, materia specială. Prezența acestei reglementări într-o materie pur contractuală este atipică, dar în spiritul declarat al unității Codului civil. Materia strict contractuală a societății simple a fost deja tratată în privința noțiunilor generale ale contractului de societate. În concret este vorba despre constituirea societății simple. Mai departe, reglementarea privește organizarea și funcționarea unei întreprinderi prototip pentru întreaga reglementare societară.

130. Personalitatea juridică. Codul civil subliniază lipsa personalității juridice pentru societatea simplă, fiindcă în caz contrar am depăși perimetrul noțiunii și am intra în domeniul societăților cu personalitate juridică, reglementate de legea specială. Asociații au deschisă oricând această opțiune, sub rezerva adaptării cadrului contractual la șablonului societar special ales (art. 1892 C.civ.). Operațiunea seamănă cu o transformare de drept societar, respectiv continuitatea în existența întreprinderii nu este întreruptă, iar dobândirea personalității juridice se face fără a se trece prin faza dizolvării societății simple. Societatea cu personalitate juridică este succesoarea universală a societății simple. Chiar și în aceste condiții Codul civil instituie o răspundere solidară a asociaților și a societății nou-înființate pentru toate datoriile societății născute înainte de dobândirea personalității juridice [art. 1892 alin. (3) C.civ.]. Prevederea are acoperire în regimul juridic al datoriilor aplicabil la momentul nașterii lor, când asociații erau ținuți în subsidiar la acoperirea pasivului societății simple.

131. Societatea simplă, soluția legală pentru societatea de fapt și societatea nelegal constituită. Societatea simplă rezolvă o problemă veche de drept societar. Doctrina comercială a depus destul efort pentru stabilirea efectelor și naturii juridice a societății cu personalitate juridică, nelegal constituită, în curs de constituire sau de fapt. Sub regimul Codului comercial, abrogat, comercianții erau doar persoane fizice sau juridice și trebuia găsit un model și o rezolvare pentru aceste construcții societare intermediare care nu erau încheiate cu succes din culpa, sau cu intenția chiar, a

asociaților. Astfel de construcții societare incomplete participau la circuitul comercial și doctrina oscila între a le recunoaște aceleași efecte ca societăților legal constituite sau efecte restrânse la protecția terților co-contractanți de bună-credință.

Codul civil prezent are la îndemână o soluție simplă și logică. De la momentul încheierii contractului de societate, până când societatea specială este legal constituită prin înregistrare, ne aflăm în fața unei întreprinderi simplificate, o societate simplă. Aceasta reglementează coerent raporturile juridice dintre asociați și dintre asociere și terți, astfel încât soluția juridică este completă. Societățile speciale supuse înmatriculării și rămase neînmatriculate, precum și societățile de fapt, sunt asimilate expres și natural societăților simple.

132. Capital social. Patrimoniul social. Aporturile, conform contractului de societate, reprezintă bunurile puse în comun de asociați în vederea desfășurării activității comune. În accepțiunea contractului de societate asociații pierd proprietatea exclusivă asupra bunurilor aportate pentru a dobândi o coproprietate, o proprietate pe cote-părți asupra tuturor bunurilor aportate de toți asociații. Construcția este una destul de laborioasă. Practic asociații își transferă unii altora, și primesc în schimb, cote ideale de drept din proprietatea proprie, exclusivă, asupra bunurilor aportate. O construcție mai elegantă ar fi aceea a universalității de fapt creată pe calea societății simple, universalitate asupra căreia fiecare asociat posedă o coproprietate, pe cote-părți. Soluția adoptată și de Codul civil, într-un final, este acceptarea unui patrimoniu social asupra căruia asociații au dreptul la o cotă-parte. Legiuitorul folosește noțiunea de *capital social* pentru exprimarea valorică a totalității aporturilor și introducerea noțiunii de părți de interes.

Părțile de interes sunt fracțiuni ale capitalului social, titluri reprezentative ale acestui capital social, nominative și ne-negociabile, pe care asociații le primesc proporțional cu aporturile aduse în virtutea calității de asociat.

Noțiunea de *capital social* este proprie societăților speciale (cu personalitate juridică) și nu necesită nuanțări, fiindcă este doar o expresie valorică fără realitate palpabilă. Ceea ce frapează este teama Codului civil de a folosi noțiunea de *patrimoniu*. Deși diviziunile patrimoniale au fost acceptate, chiar prin noul Cod civil. Afectarea unor bunuri unei activități organizate, cu scop lucrativ, este determinarea exactă a patrimoniului de afectațiune. Lipsa persoanei juridice sau fizice la care să fie atașat patrimoniul nu este un neajuns insurmontabil în faza prezentă. Societatea simplă este o întreprindere colectivă din punct de vedere al formei de organizare, exploatată de un profesionist care participă în nume propriu la raporturile juridice (deși nu este nici persoană fizică nici persoană juridică, ci un *tertium genus*, o grupare de persoane tratate ca atare de dreptul comercial).

Codul civil resimte lipsa profesionistului și a patrimoniului său declarat, se referă mereu la dimensiunea instituțională a societății și sfârșește prin a folosi conceptul de patrimoniu social[1].

Această noțiune de patrimoniu social nu poate reprezenta însă decât un patrimoniu de afectațiune, afectat de asociați activității lor lucrative[1].

---

[1] Art. 1895, 1902, 1904, 1920, 1935 și 1943 C.civ.

133. Aporturile. Societatea simplă are reglementate tipurile de contribuții la formarea patrimoniului social. Asociații pot alege din formele prevăzute de lege, însă într-un final acestea pot fi aduse doar cu acordul celorlalți asociați. Societatea simplă rămâne un contract care stă în momentul constituirii sub semnul acordului de voință astfel încât bunurile de aportat, părțile de interes primite în schimb, cotele de participare la profit și pierdere, reprezintă toate rezultatul acordului deplin dintre părți.

Aporturile prevăzute de lege sunt *aporturi băneşti* sau *în bunuri*. Acestea au vocația de a constitui capitalul social și de a da dreptul la părți de interes, titluri de diviziune a capitalului social ce se distribuie asociaților, conferind drepturile societare.

Separat de aceste aporturi legea reglementează și *aportul în prestații sau în cunoștințe specifice*. Acesta nu are însă rol constitutiv la formarea capitalului social. Codul îl numește aport societar și dă dreptul la participarea, potrivit actului constitutiv, la împărțirea beneficiilor și suportarea pierderilor, dar și la luarea deciziilor în societate (art. 1894 C.civ.).

Aportul în bunuri. Sfera bunurilor care pot fi aportate este foarte largă, în funcție de scopurile urmărite de asociați. Aportul în privința bunurilor corporale este un transfer al dreptului de proprietate asupra bunurilor și, subsecvent acestuia, predarea efectivă a bunurilor în stare de funcționare.

Fiind vorba de un transfer al dreptului de proprietate, aportul, ca act juridic, implică obligații între părți asemănătoare vânzării-cumpărării. Aportatorul răspunde similar vânzătorului față de cumpărător, sau similar locatorului față de locatar dacă se aportează doar folosința (aceasta nefiind posibilă în cazul bunurilor fungibile sau consumptibile [art. 1896 C.civ.].

Bunurile incorporale respectă la rândul lor regimul propriu în cazul aportării. În cazul creanțelor, cambiilor sau altor titluri de credit, aportatorul cedent răspunde pentru existența creanței (titlului) la momentul aportului, dar și pentru încasarea acesteia la scadență, acesta fiind ținut să acopere orice daune (inclusiv dobânzi penalizatoare) dacă creanța nu se încasează. În cazul aportului de acțiuni sau părți sociale aportatorul răspunde pentru efectuarea aportului întocmai ca vânzătorul față de cumpărător.

Aporturi în numerar. Aporturile în numerar sunt tipice pentru activitățile economice. Codul civil diferențiază între subscrierea aportului și plata sa, executarea obligației asumate. În caz de neexecutare aportatorul datorează suma la care s-a obligat, dobânda legală, dar și orice alte daune care ar rezulta, fiind de drept pus în întârziere (art. 1898 C.civ.).

Aporturile în prestații și cunoștințe specifice. Contribuția asociatului este una personală[2], derivată din propriile aptitudini. Prestarea asociatului pentru societate, cu titlu de aport, nu-i dă dreptul acestuia la o remunerație și nici la reținerea veniturilor obținute (acestea aparțin patrimoniului social). Aporturile în prestații sau cunoștințe specifice se efectuează prin desfășurarea, de către asociatul care s-a obligat la aceasta, a unor activități lucrative pentru societate în care își folosește aptitudinile, cunoștințele, calificările, în modalitățile stabilite prin contractul de societate.

---

[1] În sensul că patrimoniul societății simple are același regim juridic cu indiviziunea succesorală, a se vedea *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, op. cit., p. 292.

[2] Această aptitudine trebuie să depășească cadrul unei activități obișnuite. A se vedea *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, op. cit., p. 288.

134. Părțile de interes. Una din caracteristicile societății simple este instituirea părților de interes ca titluri reprezentative ale participării la capitalul social. Acestea nu au calitatea de titluri negociabile, nu pot fi transmise în mod independent de raportul juridic fundamental, de contractul de societate al părților. Pentru a nu exista dubii, calificarea titlurilor reprezentative ale societății este explicită, atât în privința părților de interes cât și în privința altor instrumente financiare specifice societăților de capitaluri. Sub sancțiunea nulității absolute, societatea simplă nu poate emite instrumente financiare, iar asociații răspund solidar, în subsidiar, în raport cu societatea, pentru orice daune s-ar cauza terților de bună-credință prejudiciați prin încălcarea acestei interdicții (art. 1923 C.civ.).

Părțile de interes legitimează participarea la societate și conferă drepturi în condițiile reglementării acesteia de către Codul civil. În mod propriu materiei societare părțile de interes stabilesc întinderea drepturilor membrilor pactului societar, a drepturilor sociale. Acestea privesc în special procesul decizional (drepturi de vot), participarea la împărțirea beneficiilor societății și a rezultatului lichidării, în cazul încetării societății.

Transferul părților de interes privește direct contractul de societate. Prin acest transfer asociații dobândesc sau pierd calitatea de contractant în contractul de societate. De esența materiei contractuale este acordul de voință, mai exact unanimitatea voințelor părților în privința nașterii, modificării și încetării contractului de societate. Izvorul normativ face distincție între transferul participației între asociați sau către terți. Prima ipoteză este tratată mai relaxat, respectiv aceasta se va realiza în condițiile prevăzute de lege și de contractul de societate [art. 1901 alin. (1) C.civ.].

Și transferul pentru cauză de moarte este admis, ca regulă. Însă transmiterea părților de interes către persoane din afara societății, modificarea fundamentală a contractului de societate, nu este acceptată decât în condițiile comune contractuale: cu consimțământul tuturor asociaților. Deși norma prohibitivă este clară, reglementarea efectelor încălcării normei îi schimbă total natura juridică. Sancțiunea încălcării acestui regim contractual nu este nulitatea. Codul civil instituie de fapt un *drept de preemțiune al asociaților asupra părților de interes* deținute de asociatul înstrăinător. Drept consecință, orice asociat poate răscumpăra părțile de interes dobândite cu titlu oneros de un terț, fără consimțământul tuturor asociaților. Acest drept trebuie exercitat în termen de 60 de zile de la data la care cesiunea este cunoscută. Exercitarea dreptului de mai mulți, sau toți asociații, este rezolvată de alocarea părților între asociați proporțional cu cota de participare la profit. Practic dreptul de preemțiune este proporțional cu cota deținută din capitalul (dacă contractul de societate nu prevede repartizări diferite față de cotele de deținere ale asociaților).

Prețul la care se exercită dreptul de preemțiune al asociaților este independent de valoarea la care asociatul-cedent a cesionat către terțul-cesionar (mecanismul funcționând și în ipoteza unui transfer cu titlu gratuit), fiind stabilit de un expert agreat de părți sau de către instanță, în caz de dezacord.

Reglementarea părților de interes mai cuprinde norme despre *asocierea asupra drepturilor sociale*, ca modalitate permisă asociatului, respectiv legea permite convenția asociatului, pentru exploatarea în comun a drepturilor sociale, cu un terț, fără însă ca acesta să poată deveni asociat al societății fără consimțământul celorlalți asociați.

Părțile de interes, lipsite de caracterul de titluri negociabile, sunt *insesizabile* în timpul existenței societății simple. Asociatul nu poate cere, şi în consecință nici executarea silită nu poate avea altă finalitate, înainte de încetarea societății, restituirea sau contravaloarea părții care i se cuvine din bunurile comune ale societății. Din această cauză ele nu pot servi nici ca garanție, sub sancțiunea nulității absolute, pentru obligațiile personale sau ale vreunui terț, cu excepția consimțământului tuturor asociaților care poate soluționa orice modificare constitutivă a societății (art. 1908 C.civ.).

Aceeaşi soluție legală există şi în privința promisiunii făcută de un asociat de a ceda, vinde sau garanta drepturile sale sociale. Beneficiarul promisiunii nu are decât o acțiune în daune împotriva promitentului, dacă nu cumva ceilalți asociați aprobă în mod unanim transmiterea părților de interes şi drepturile sociale aferente (art. 1909 C.civ.).

135. Împărțirea rezultatelor financiare. Participarea la profitul societății sau suportarea pierderilor societății este proporțională cu părțile de interes deținute, în ultimă instanță cu participarea (aporturile) la formarea capitalului social. Norma este una supletivă, părțile putând să deroge de la ea prin contractul de societate, inclusiv în sensul participării diferite la câştig şi pierdere, singura cerință fiind ca proporțiile stabilite „să fie rezonabile potrivit cu împrejurările" şi să nu excludă total un asociat de la împărțirea beneficiilor sau de la participarea la pierderi[1]. În cazul asociatului al cărui aport constă în prestații sau cunoştințe specifice, participarea nu poate fi legată de aporturile aduse, astfel încât contractul de societate trebuie să fixeze participarea. În tăcerea acestuia cota de participare la beneficii este egală cu cea a asociatului care a contribuit cu aportul cel mai mic.

Secțiunea a 2-a. Funcționarea societății simple

136. Unanimitatea contractuală şi majoritatea societară. Materia contractuală nu poate cunoaşte decât *principiul unanimității* în privința încheierii, modificării şi încetării efectelor contractelor. Acordul de voințe, unanimitatea, este principiul imanent al materiei contractuale, punctul de plecare al definirii conceptului[2]. Din această cauză abandonarea acestui principiu are un efect distructiv asupra contractului însuşi. Contractul de societate, ca specie contractuală, este supus aceloraşi principii. Societatea simplă transcende însă materiei contractuale. Patrimoniul social, organizarea proprie, calificarea sa de întreprindere, permit tratarea societății din două perspective: raportul juridic dintre părți, guvernat de contractul de societate şi raporturile juridice născute din exercitarea activităților economice de către întreprindere, raporturile juridice dintre societate şi terți co-contractanți.

---

[1] Totuşi asociatul al cărui aport consta în prestații sau cunoştințe specifice poate fi scutit de a participa la pierderi, dacă această scutire a fost prevăzută în mod expres în contractul de societate (art. 1902 C.civ.).

[2] Contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic (art. 1166 C.civ.).

În vederea desfăşurării activităţii economice principiul unanimităţii este prea rigid, de aceea legiuitorul apelează la *principiul majorităţii*. Inovaţia este spectaculoasă pentru dreptul civil. Dreptul comercial trecuse demult prin această evoluţie în scopul susţinerii activităţii economice. Principiul unanimităţii nu avea nevoie de nicio raportare la cotele de contribuţie la capitalul social. În privinţa majorităţii, ponderea mai mare în constituirea patrimoniului social trebuie să se regăsească într-o greutate sporită în procesul decizional. Acum transpare exact rolul părţilor de interes şi al drepturilor sociale ataşate acestora. Dreptul de vot apare ca un drept derivat din deţinerea părţii de interes, fiind multiplicat cu numărul acestor titluri. Principiul decizional va rezulta din exprimarea acestor drepturi de vot multiplicate cu numărul de părţi deţinute, nu din consimţămintele exprimate de asociaţi. Majoritatea decizională va fi raportată la majoritatea drepturilor de vot exprimate. În acest mod a fost făcut pasul de la unanimitatea contractuală la majoritatea societară.

137. Hotărârile asociaţilor. Modificarea contractului de societate rămâne guvernată de principiul unanimităţii. La limită, acest principiu poate fi folosit pentru orice decizie, dar atunci sunt irosite beneficiile principiului majorităţii. Codul civil prevede folosirea imperativă a principiului unanimităţii pentru modificarea contractului de societate sau numirea unui administrator unic (art. 1910 C.civ.). Dar această situaţie rămâne în materia societară excepţia. Ca regulă hotărârile cu privire la societate se iau cu majoritatea voturilor asociaţilor, dacă prin contractul de societate nu se prevede altfel.

Adoptarea principiului majorităţii impune acordarea unor garanţii asociaţilor pentru respectarea drepturilor lor. În primul rând legea recunoaşte tuturor asociaţilor dreptul de participare la luarea hotărârilor colective ale adunării asociaţilor. Participarea poate fi una fizică nemijlocită, în urma convocării unei întruniri, sau poate implica consultarea scrisă a fiecărui asociat, exprimarea votului în scris. Contractul de societate trebuie să detalieze procedurile concrete de desfăşurare a procesului decizional. În lipsa unei asemenea proceduri de convocare şi desfăşurare, singura modalitate de adoptare a hotărârilor rămâne exprimarea scrisă a votului fiecărui acţionar, lucru mai greu de realizat.

Altă garanţie a respectării drepturilor sociale, instituită de Codul civil, este acţiunea în contestarea hotărârii asociaţilor. Asociatul nemulţumit de o hotărâre luată cu majoritate are dreptul să sesizeze instanţa judecătorească cu o contestaţie. Termenul de exercitare a acţiunii, calificat ca un termen de decădere, este de 15 zile de la data adoptării hotărârii, dacă a fost prezent, şi de la data comunicării, dacă a fost lipsă. În ipoteza că hotărârea nu i-a fost comunicată asociatului, termenul pentru contestaţie curge de la data la care a luat cunoştinţă de aceasta, dar nu mai târziu de un an de la data la care a fost luată hotărârea (art. 1912 C.civ.).

138. Interdicţii şi limitări. Existenţa unei activităţi comune a asociaţilor, a unei întreprinderi economice distincte, induce limitări în comportamentul contractual al acestora în scopul salvgardării întreprinderii. Pentru reuşita activităţii comerciale, în primul rând asociaţii trebuie să respecte integritatea patrimonială şi interesele întreprinderii.

Existența unui patrimoniu social obligă la folosirea bunurilor acestuia în interesul societății, potrivit cu destinația acestora. În caz contrar, al folosirii bunurile sociale în folos personal sau al unei alte persoane, asociatul este obligat sa restituie societății beneficiile ce au rezultat și să acopere daunele produse.

Restricțiile sunt valabile și în privința fondurilor societății. Acestea trebuie utilizate în interesul societății, în caz contrar asociatul în culpă datorează sumele luate daunele-interese ce ar putea rezulta[1].

În mod corelativ, asociatul este în drept să pretindă cheltuielile pe care le-a făcut pentru societate și să fie despăgubit pentru pierderile pe care suferit acționând de bună-credință în interesul societății. Pentru separarea cât mai bună a patrimoniului social față de asociați, Codul civil nu permite compensarea cheltuielilor și pierderilor suportate de asociat în activitatea întreprinderii cu propriile datorii față de societate, după cum nici terții nu pot compensa datoria față de societate cu creanța asupra unui asociat (art. 1907 C.civ.).

Tipică materiei comerciale este obligația respectării regulilor concurenței loiale. Întreprinderea reprezentată de societatea simplă este și ea supusă regulilor concurențiale, dar este și protejată în privința actelor neloiale. Obligația de neconcurentă reglementată de Codul civil, pentru protecția întreprinderii, este instituită în sarcina asociaților proprii care nu pot face concurență societății pe cont propriu sau pe contul unei terțe persoane; după cum sunt ținuți și să se abțină de la operațiuni care ar putea fi păgubitoare pentru societate (art. 1903 C.civ.).

139. Administrarea societății. Mandatul reciproc. Societatea simplă, întreprindere fără personalitate juridică, va participa la circuitul economic pe seama patrimoniului social propriu. Efectuarea activităților economice va reveni oricărui asociat care are vocația de a administra societatea în temeiul unui *mandat reciproc* de a administra unul pentru altul în interesul societății. Operațiunea făcută de oricare dintre ei este valabilă și pentru partea celorlalți, fără exprimarea unui consimțământ în prealabil, în baza acestui mandat legal [art. 1913 alin. (3) C.civ.]. Totuși oricare asociat se poate opune, în scris, operațiunii mai înainte de încheierea ei, în baza drepturilor sociale proprii. Pentru securitatea actelor juridice o asemenea opoziție operează doar în raportul juridic dintre asociați și nu produce efecte față de terții de bună-credință. O asemenea dispoziție era necesară pentru respectarea mandatului reciproc legal și eliminarea oricăror incertitudini pentru terți.

Regimul mandatului reciproc este unul supletiv și neindicat pentru o abordare convergentă a activităților economice de către societate. El rămâne funcțional doar în tăcerea dispozițiilor statutare pentru a asigura un cadru minimal de reguli aplicabile participării societății la activitățile economice.

140. Alegerea, revocarea și limitele puterilor administratorilor. Codul civil indică modalitățile de organizare superioară a activității de administrare. Soluția juridică este aceea de încheiere de către asociați a unor acte juridice în acest sens, inclusiv

[1] Asociații pot lua din casa societății anumite sume de bani pentru cheltuielile lor particulare (art. 1904 și 1905 C.civ.).

un mandat special de administrare, sau de includere a acestor dispoziții privind administrarea în contractul de societate. În acest mod poate fi reglementată numirea administratorilor, modul de organizare a acestora, limitele mandatului, precum și orice alt aspect legat de administrarea societății [art. 1913 alin. (1) C.civ.]. Numirea administratorilor prin contractul de societate atrage și pentru aceștia regimul unanimității propriu materiei contractuale. Persoana lor, ca și modul de organizare a administrării, sunt supuse exprimării consimțământului tuturor asociaților.

Despre administratori legea stabilește că aceștia pot fi asociați sau neasociați, persoane fizice ori persoane juridice, române sau străine.

Administratorii pot încheia orice act juridic sau operațiune în interesul societății, reflectată în patrimoniul social. Alegerea administratorilor, facultativă deci pentru asociați și doar în baza acceptului lor unanim, are un efect important în privința drepturilor recunoscute asociaților, respectiv aceștia cedează exercițiul drepturilor asupra bunurilor societății precum și exercitarea activităților economice în numele societății simple. Practic asociații cedează total controlul social, iar actele de administrare a societății și cele de dispoziție asupra bunurilor acesteia revin în întregime administratorilor numiți (art. 1918 C.civ.).

Revocarea administratorilor este lăsată de Codul civil la îndemâna regulilor contractuale, ale contractului de mandat. Această soluție poate prezenta multe inconveniente practice. Revocarea, în forma reglementată, implică unanimitatea voințelor asociaților în acest sens, în mod simetric față de numirea administratorilor. Un asemenea procedeu se poate dovedi dificil și poate rezerva administrarea pentru o persoană care a pierdut încrederea majorității asociaților. De esența mandatului este posibilitatea revocării *ad nutum*, indiferent de culpă, doar pe baza aprecierii și mai ales încrederii mandanților (art. 2031 C.civ.). În cazul pluralității de mandanți (asociați) revocarea devine iluzorie prin cumulul de voințe necesare (toți mandanții). Codul civil nu stabilește o durata pentru mandatul administratorilor, necunoscând limitarea statutară a atribuțiilor administratorilor și periodicitatea alegerii acestora. Contractul de mandat în forma prezentă instituie însă o limită temporală binevenită (trei ani).

În fața terților administratorul are puteri depline de angajare a patrimoniului social. Codul civil păstrează și garantează această optică, deoarece societatea simplă nu se bucură de o publicitate comercială, iar limitările eventuale ale puterilor administratorilor pot să nu fie cunoscute terților. Din această cauză Codul civil declară clauzele care limitează puterile de administrare conferite de lege ca neopozabile față de terți.

141. Pluralitatea administratorilor. Pluralitatea administratorilor are o reglementare în concordanță cu regulile contractului de mandat, respectiv pluralitatea neorganizată de administratori este soluționată în sensul că fiecare poate administra singur în interesul societății, cu bună-credință. Prin reglementarea administrării se pot determina puterile fiecăruia sau pot fi ținuți, prin excepție, să lucreze împreună. Prin acest regim de excepție niciunul dintre administratori nu poate face actele de administrare fără acordul celorlalți, inclusiv când aceștia sunt în imposibilitate de a lucra (art. 1916 C.civ.).

Modelele mai evoluate de administrare stabilesc un mecanism decizional propriu printr-o organizare colegială a administratorilor. Acest mecanism poate stabili că

administratorii decid cu unanimitate sau cu majoritate de voturi, cazuri în care aceştia nu pot efectua acte de administrare decât împreună, cu excepția cazurilor de forță majoră, când lipsa unei decizii rapide poate cauza un prejudiciu societății.

142. Răspunderea administratorilor. Natura dual a mandatului administratorilor, contractuală şi legală, are influență asupra răspunderii administratorilor pentru prejudiciile pe care le aduc societății. În declarația legii administratorii răspund față de societate pentru prejudiciile aduse prin încălcarea legii, a mandatului primit sau prin culpa în administrarea societății (art. 1915 C.civ.). Mai întâi administratorii sunt ținuți de o răspundere contractuală, derivată din contractul de societate şi mandatul de administrare care poate izvorî din contractul de societate sau este un act juridic separat. Limitările în administrare pot avea şi un temei legal, reglementarea normativă a contractului de societate. Încălcarea acestor obligații legale ca şi prejudiciile create prin fapta administratorilor societății atrag răspunderea delictuală a administratorilor față de societate.

Organizarea administrării şi acționarea împreună a administratorilor atrage şi răspunderea solidară a acestora față de societate. Totuşi în relațiile dintre ei instanța poate institui o răspundere proporțională cu culpa fiecăruia la săvârşirea faptei cauzatoare de prejudicii.

143. Reprezentarea judiciară a societății. Administrarea societății este realizată, ca regulă, de asociați, care au un mandatar reciproc conferit de lege. În această ipoteză inițială oricare dintre asociați este în drept să asigure reprezentarea judiciară a societății, dacă nu s-a stipulat prin contract dreptul de reprezentare numai pentru unii dintre aceştia. Alegerea administratorilor înlătură drepturile de reprezentare ale asociaților. Administratorii societății au puteri depline de angajare a societății în relațiile cu terții. Ei dețin reprezentarea societății în raporturile juridice derivate din activitatea economică.

Raportul juridic dintre societate (asociații ei) şi administratori are în mod declarat natura unui mandat. În mod aşteptat deci, reprezentarea societății revine administratorilor (art. 1919 C.civ.). Societatea este reprezentată prin administratorii cu drept de reprezentare astfel încât reglementarea induce fixarea reprezentării societății, prin acordarea expresă a dreptului de reprezentare pentru unii administratori.

144. Alte drepturi sociale. Cedarea reprezentării societății către administratori limitează drastic drepturile asociaților. Activitatea curentă a societății scapă supravegherii directe a lor. Nici administrarea bunurilor sau fondurilor societății nu le mai este accesibilă. Pentru protecția drepturilor lor şi în observarea efectelor contractului de mandat aplicabil administratorilor, respectiv a obligației de a da seamă de mandatul încredințat, legiuitorul a stabilit drepturi sociale speciale pentru asociați. Altfel, asociații dobândesc în mod normativ dreptul de a consulta registrele şi situațiile financiare ale societății, de a lua cunoştință de toate operațiunile acesteia şi de a consulta orice document al societății, singura limitare fiind aceea de a nu interfera şi afecta operațiunile societății şi drepturile celorlalți asociați.

Drepturile de informare ale asociaților sunt dublate de obligații clare pentru administratori. Aceştia trebuie să întocmească un raport anual cu privire la activitatea societății, comunicat asociaților. Asociații îşi pot prezenta obiecțiunile în limitele cadrului societar, împreună cu ceilalți asociați (art. 1918 C.civ.).

145. Răspunderea față de terții creditori. Patrimoniul social al societății simple este un patrimoniu de afectațiune. În activitatea economică efectele actelor juridice încheiate cu terții se răsfrâng asupra acestui patrimoniu, afectat activității economice. Ca regulă, legiuitorul Codului civil nu a vrut ca asociatul în întreprinderile individuale sau colective, fără personalitate juridică, să se bucure de o protecție a patrimoniilor proprii, instituind doar o ordine de urmărire, respectiv creditorii sunt ținuți să se îndrepte cu întâietate asupra patrimoniului afectat activității, însă în cazul epuizării acestuia păstrează deschisă calea către restul patrimoniului profesionistului. Soluția este aceeaşi şi în cazul societății simple. Răspunderea pentru obligațiile societății apasă pe patrimoniul de afectațiune, bunurile comune ale asociaților, iar după epuizarea acestora se întinde asupra patrimoniilor asociaților. Răspunderea lor este deci subsidiară, iar solidaritatea lor față de aceste datorii ale societății este guvernată de un principiu al proporționalității, respectiv fiecare asociat răspunde cu propriile sale bunuri proporțional cu aportul său la patrimoniul social. Formularea este una criptică. Proporționalitatea trebuie interpretată ca existând între cuantumul datoriei suportate şi totalul datoriei sociale, proporție care se regăseşte între aportul său şi capitalul social [art. 1921 alin. (1) C.civ.].

Regimul datoriilor sociale trebuia diferențiat de regimul datoriilor personale ale asociaților. Si mai ales rezolvată relația dintre ele. Am văzut că patrimoniul de afectațiune nu constituie o barieră eficientă pentru protecția patrimoniilor individuale ale asociaților. O fracție a datoriei sociale poate purta asupra patrimoniului asociatului dacă patrimoniul social este epuizat.

În cazul datoriilor personale, dacă patrimoniul personal al asociatului nu este îndestulător creditorii se pot interesa de patrimoniul social la care a participat şi asociatul. Aşa cum am văzut în materia părților de interes acestea în sine ca şi celelalte drepturi sociale sunt intangibile pentru creditori în lipsa acordului tuturor celorlalți asociați. Legiuitorul oferă însă o cale de accesare a valorilor patrimoniale ale asociatului înmagazinate în societate în considerarea dreptului de proprietate afectat de modalitatea coproprietății asupra patrimoniului comun. Cota-parte va purta asupra unui activ net fiindcă latura pasivă a patrimoniului social nu poate fi ignorată în cazul ieşirii din indiviziune. Executarea silită pornită împotriva asociatului are vocația pierderii calității de asociat pentru acesta, împreună cu ieşirea acestuia din indiviziune în privința bunurilor sociale. Creditorul care are dreptul de dispoziție asupra executării silite pornite împotriva asociatului va putea cere individualizarea şi atribuirea unor bunuri sociale debitorului sau partea pecuniară ce i se cuvine din bunurile comune ale asociaților [art. 1920 alin. (2) C.civ.]. Tratarea datoriilor asociatului insolvabil este comună cu materia excluderii sau retragerii din societate. Ieşirea din indiviziune şi plata părții cuvenite asociatului se va realiza prin acordul tuturor asociaților sau pe cale judiciară.

146. Răspunderea asociaților aparenți și a asociaților ocultți. Lipsa unor mecanisme adecvate pentru publicitatea societății simple, lucru pe care îl considerăm o lacună a legii și o temă de reflecție *de lege ferenda*, impune instituirea unui sistem de garanții adecvat pentru terții de bună credință care contractează cu persoane ce-și declină calitatea de reprezentanți sociali. În stilul tradițional comercial legea acordă o forță sporită aparenței de drept creată de persoanele de drept.

Astfel, o persoană care își declină calitatea de asociat, acționează sub această aparență și induce terților deliberat o *aparență convingătoare* în acest sens va fi asimilată legal cu un asociat și răspunde față de terți în aceleași condiții ca un asociat (art. 1921 C.civ.). De fapt răspunderea instituită de lege este una personală, nu subsidiară față de societate, deoarece societatea este ținută răspunzătoare față de terțul care s-a întemeiat pe aparența calității de asociat cu condiția să fi fost complice în crearea acelei aparențe. Complicitatea este realizată prin acțiune, respectiv prin *motive suficiente* date terțului pentru a-l considera pe pretinsul asociat drept asociat sau prin inacțiune, respectiv abținerea de la măsurile rezonabile necesare pentru a împiedeca inducerea terțului în eroare în cazul în care a cunoscut uzurparea realizată de pretinsul asociat.

Reglementarea se ocupă și de asociații ocultți. În această situație asociatul are în mod legal calitatea de parte a contractului de societate însă lipsa de publicitate a acestuia nu permite cunoașterea acestei calități în mod public. Lipsa publicității nu are niciun efect exonerator asupra asociatului din umbră. Asociații ocultți răspund față de terții de bună-credință în condițiile edictate pentru toți asociați (art. 1922 C.civ.).

147. Încetarea calității de asociat. Căile deja studiate de ieșire din societate sunt *cesiunea părților de interes* și *executarea silită* a acestora. Căile naturale privesc *moartea și punerea sub interdicție judecătorească*, pentru asociații persoane fizice, respectiv încetarea personalității juridice, inclusiv pe calea procedurii falimentului, pentru asociații persoane juridică. Reglementarea acestor căi de pierdere a calității de asociat ține de reglementarea specială a subiectelor de drept. Modalitățile specifice materiei, de încetare a calității de asociat, privesc *retragerea* și *excluderea* asociatului din societate.

Retragerea din societate este reglementată diferit după cum durata societății este determinată sau nedeterminată. Retragerea dintr-o asociere are și o dimensiune care ține de drepturile fundamentale ale persoanei de drept. Libertatea de asociere, inclusiv comercială, nu este deplină fără pandantul său, retragerea dintr-o asociere. Dimensiunea contractuală obligă însă la respectarea obligațiilor asumate, iar latura legală impune persoanei de drept să nu cauzeze altora un prejudiciu prin fapta sa. În aceste condiții retragerea dintr-o societate nu poate recunoscută în mod absolut, fără limitări de protecție pentru ceilalți asociați.

În cazul retragerii dintr-o societate cu durata nedeterminată sau al cărei contract prevede dreptul de retragere, asociatul se poate retrage din societate notificând societatea într-un termen rezonabil. Legea impune ca actul asociatului în acel moment să nu producă o pagubă iminentă societății, însă acesta este doar un impediment temporar pentru retragere.

Dreptul de retragere dintr-o societate cu durata determinată este supus unor condiții, în observarea obligațiilor asumate prin contratul de societate. Asociatul trebuie să probeze nişte *motive temeinice* acceptate de majoritatea celorlalți asociați, dacă prin contract nu se prevede altfel, sau apreciate în acest sens de instanța de judecată dacă această majoritate nu este întrunită (art. 1927 C.civ.). Motivele temeinice invocate nu sunt nici limitate nici detaliate de lege astfel încât părțile au o marjă mare de exprimare.

Excluderea din societate. Pierderea calității de asociat ca urmare a solicitării altor asociați este o procedură exclusiv judiciară, cu caracter excepțional. Legea apelează la aceleaşi *motive temeinice* pentru fundamentarea excluderii. În lipsa detalierii materiei trebuie să ne întoarcem la originile contractuale. Excluderea poate fi tradusă prin rezoluțiunea parțială a contractului multilateral de societate, cu salvgardarea actului față de celelalte părți contractuale. În acest caz motivele de rezoluțiune trebuie să privească neîndeplinirea culpabilă de către asociatul exclus a obligațiilor sale contractuale. Nu credem că încălcarea *oricărei obligații* poate fi apreciată ca motiv temeinic, astfel încât instanța rămâne să aprecieze dacă condițiile concrete ale cauzei impun aplicarea acestei sancțiuni contractuale specifice sau contractul de societate poate fi salvgardat în forma inițială.

Drepturile asociatului care îşi pierde calitatea. Pierderea calității de asociat nu este în sine o sancțiune pecuniară. Dincolo de despăgubirile care pot fi datorate societății prin retragere intempestivă sau excludere cauzată de o culpă gravă cauzatoare de prejudicii pentru societate, asociatul are dreptul la obținerea contribuției sale ca urmare a încetării față de el a stării de indiviziune în privința patrimoniului social. Astfel, asociatul care îşi pierde calitatea în modurile arătate are dreptul la contravaloarea părților sale de interes la data încetării calității de asociat. Corelativ acestui drept ceilalți asociați sunt ținuți să îi plătească imediat această valoare, sub sancțiunea dobânzilor penalizatoare la nivelul dobânzii legale, de la data încetării calității de asociat. Eşecul ieşirii din indiviziune pe cale amiabilă atrage stabilirea valorii părților de interes de instanța de judecată (art. 1929 C.civ.).

Secțiunea a 3-a. Încetarea societății simple

148. Preliminarii. Contractul de societate şi societatea simplă sunt noțiuni cvasisinonime. Referirea la societatea simplă priveşte întreprinderea particulară organizată în această formă contractuală. În privința încetării, legiuitorul vorbeşte de încetarea contractului de societate şi dizolvarea societății simple. Diferența este indusă de patrimoniul social propriu societății simple. Soarta acestui patrimoniu trebuie soluționată de Codul civil înainte de încetarea propriu-zisă a contractului de societate, fiind elementul care induce o temporizare în procesul de încetare a societății simple.

149. Cauze generale şi cauze speciale de încetare a societății. Cauzele generale de încetare a societății sunt contractuale, dar ele pot acționa direct sau după verificarea judiciară: *realizarea obiectului societății sau imposibilitatea neîndoielnică a*

realizării acestuia, *împlinirea duratei* societății, *consimțământul tuturor asociaților*, hotărârea instanței, pentru *motive legitime* și temeinice, *nulitatea societății*. Motivele nu sunt unele limitative fiindcă asociații pot adăuga și alte situații, cu această finalitate, în contractul lor de societate (art. 1930 C.civ.).

Alte cazuri de încetare pot să derive din dispariția subiectelor de drept care au calitatea de asociați prin: *moartea ori punerea sub interdicție* a uneia dintre persoanele fizice asociate sau încetarea calității de subiect de drept a uneia dintre persoanele juridice asociate, inclusiv prin falimentul său, parcurs în procedura insolvenței. Aceste ultime cauze nu sunt unele implacabile. Asociații pot prevedea prin contractul de societate continuarea asocierii cu asociații rămași sau continuarea contactului cu persoanele de drept succesoare ale persoanei care-și încetează existența, dacă ele există. Singura condiționare implicită este cea privind numărul de asociați impus de materia contractuală: minim doi contractanți.

Astfel, în contractul de societate se poate prevedea că la moartea unui asociat societatea va continua de drept cu moștenitorii acestuia. În lipsa unei asemenea dispoziții, dacă societatea continuă doar cu asociații rămași, moștenitorii sau succesorii persoanei de drept asociat care încetează nu au dreptul decât la valoarea părților de interes deținute, stabilită la data când a intervenit evenimentul generator (art. 1938 și 1940 C.civ.).

O reglementarea aparte, radicală, privește și *pieirea bunurilor subscrise*[1] ca aport de către un asociat, fie că aportarea privește proprietatea sau folosința bunului pierit, respectiv societatea încetează ca regulă, cu excepția cazului în care societatea poate continua și fără asociatul care a subscris bunul ce a pierit ori s-a pierdut (art. 1937 C.civ.).

150. Dizolvarea și nulitatea societății simple. Legiuitorul se ocupă în particular doar de cauzele de dizolvare ne-tipice care necesită reglementare. Realizarea obiectului societății sau imposibilitatea evidentă a realizării acestuia, atrag dizolvarea judiciară de principiu. Orice acord al asociaților privind dizolvarea, precum consimțământul tuturor asociaților, nu mai are nevoie de nicio motivare pentru realizarea lui. Similar și dizolvarea pentru *motive legitime si temeinice* este tot judiciară, situându-se într-o zonă conflictuală care face imposibil acordul de voință. Împlinirea duratei societății reprezintă exprimarea unui consimțământ inițial al asociaților care nu are nevoie de o confirmare judiciară. Totuși asociații pot oricând să modifice această durată în timpul existenței societății. Legiuitorul recunoaște și o prelungire tacită a duratei când, cu toate că durata societății a expirat, aceasta își continuă în mod regulat activitățile, ignorând în mod vădit termenul inițial. Prelungirea va opera de drept pe durate succesive de un an dacă situația rămâne neschimbată (art. 1931 C.civ.).

Cauza de dizolvare de care legiuitorul se ocupă în mod special se referă la nulitatea societății. Nulitatea societară are o conformație proprie care o face destul de greu compatibilă cu nulitatea de drept comun. Noutatea constă în restrângerea premiselor care atrag ineficacitatea întreprinderii, restrângere care privește cauzele speciale de nulitate, cele care rezidă din reglementarea specială a contractului de societate și a

[1] *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, op. cit., p. 296.

întreprinderii. Astfel, nulitatea societății rezultă exclusiv din încălcarea dispozițiilor imperative ale reglementării societății stipulate explicit sub sancțiunea nulității la care se adaugă încălcarea condițiilor generale de validitate a contractelor din Codul civil. Materia nulității societare cunoaște un regim juridic diferit pentru nulitățile virtuale. Efectul lor, prin excepție de la regula generală (art. 1253 C.civ.), nu va mai fi cel recunoscut nulității. Drept rezultat normele imperative din materia societății care nu prevăd expres sancțiunea nulității, nici nu atrag această sancțiune, ci o alta: clauzele contractuale contrare unei dispoziții imperative din materia societății simple a cărei încălcare nu este sancționată cu nulitatea societății, sunt considerate nescrise.

151. Efectele nulității societății. Acțiunea efectelor nulității societății este întârziată prin punerea în mișcare a unor mecanisme de salvgardare societară. Această nulitate societară este una exclusiv judiciară, datorită efectelor ei finale. Nulitatea societății este, în mod excepțional și propriu acestei materii, remediabilă, ea se acoperă și este înlăturată dacă cauza nulității a fost remediată înainte de a se pune concluzii în fond în fața instanței de judecată. Instanța, la rândul ei, este chemată să salvgardeze societatea chiar și împotriva voinței exprimată de părți, respectiv ea este obligată să pună în discuția părților posibilitatea de remediere a cauzelor de nulitate care afectează contractul de societate și să fixeze un termen util pentru acoperirea nulității, chiar dacă părțile se împotrivesc (art. 1933 C.civ.).

Această nulitate, chiar absolută fiind, are prevăzut un termen de prescripție special de trei ani de la data încheierii contractului, cu singura excepție a nulității pentru obiectul ilicit al societății (când nulitatea rămâne imprescriptibilă).

Dincolo de aceste adăugiri la materia nulității, efectul acesteia este încetarea contractului de societate și dizolvarea societății care implică atragerea procedurii lichidării și efecte juridice doar pentru viitor. Hotărârea judecătorească de constatare a nulității societății va numi și lichidatorii, iar societatea sau asociații ei nu pot invoca efectele nulității împotriva terților de bună-credință. Raporturile juridice care îi privesc pe aceștia nu sunt atinse de efectele nulității.

Codul civil instituie și o acțiune în repararea prejudiciului cauzat prin constatarea nulității societății împotriva celor în culpă, prescriptibilă în termenul general de trei ani care începe să curgă de la data rămânerii definitive a hotărârii judecătorești de constatare a nulității (art. 1936 C.civ.).

152. Regularizarea societății. Existența caracterului excepțional, remediabil, al nulității absolute face să nu surprindă cu nimic prevederile de salvgardare a societății în cazul nulității relative. Cauzele de nulitate relativă privind vicierea consimțământului sau lipsa capacității legale care atrag o acțiune în anulabilitatea societății (art. 1251 C.civ.) dau dreptul la regularizarea societății. O astfel de acțiune aparține oricărei persoane interesate care poate soma (punere în întârziere, după exprimarea folosită de Codul civil) asociații care au calitate procesuală fie să înlăture cauza de nulitate (să facă regularizarea) fie să exercite acțiunea în anulare în termen de șase luni de când au fost somați, sub sancțiunea decăderii.

Chiar în cazul promovării acțiunii în anulare de către un asociat, orice alt asociat poate iniția măsuri de regularizare prin acte de acoperire a nulității, în special prin

răscumpărarea drepturilor sociale care aparțin reclamantului. În acest caz instanța poate fie să pronunțe nulitatea sau, dacă măsurile propuse au fost în prealabil adoptate de societate în condițiile cerute pentru modificările aduse contractului de societate, cu excluderea votului asociatului reclamant, să declare aceste măsuri obligatorii. În această materie a regularizării și a acțiunii în anulare Codul civil acordă calitate procesuală și societății simple. Soluționarea regularizării și salvgardării societății instituie practic un motiv de excludere a asociatului care nu acționează pentru regularizarea societății. Acțiunile lui sunt răscumpărate pe cale judiciară, iar orice impediment în calea regularizării este înlăturat.

Promovarea acțiunii în anularea societății, efectele declarării nulității societății și acțiunea în repararea prejudiciului cauzat de admiterea acestei acțiuni au aceeași reglementare ca în cazul nulității absolute a societății.

153. Lichidarea societății. Debutul procedurii de încetare a societății simple demarează cu dizolvarea societății și se încheie cu lichidarea societății. Dizolvarea are ca urmare necesară lichidarea societății.

Procedura este una extrajudiciară în care asociații, în temeiul contractului de societate sau al unei convenții de lichidare ulterioare, convin modul de lichidare a patrimoniului social sau desemnează un lichidator cu această finalitate. Această persoană este numită de asociați în unanimitate sau de instanța judecătorească în caz de neatingere a acordului de voință. Împuternicirea lichidatorului are tot natura unui mandat[1], special însă, pentru scopurile încetării patrimoniului social. În conformitate cu regulile mandatului lichidatorul numit poate fi revocat de asociați, în mod simetric, cu unanimitate de voturi sau pe cale judiciară, pentru motive temeinice, la cererea oricărei persoane interesate (art. 1941 C.civ.).

Lichidatorii judiciari aparțin corpului profesional al practicienilor în insolvență, conform legii speciale.

Atribuțiile lichidatorilor. Mandatul lichidatorilor este limitat la toate actele necesare lichidării, scop în care, în lipsa unor limitări impuse de asociați, ei pot să vândă, chiar în bloc, bunurile sociale, să încheie convenții arbitrale și să facă tranzacții. În reglementare negativă și în mod corelativ, lichidatorii nu pot să desfășoare activități economice noi, cu riscul de a răspunde personal și solidar pentru toate daunele ce ar putea rezulta. În vederea realizării mandatului lor lichidatorii încep cu întocmirea inventarului bunurilor și fondurilor sociale, în vederea stabilirii activului și pasivului social. Pentru acest demers lichidatorii preiau de la administratori bunurile și documentele sociale, inclusiv bilanțul ultimului exercițiu financiar (art. 1943 C.civ.).

Reprezentarea judiciară a societății trece de la administratorii cu putere de reprezentare la lichidatori [art. 1944 alin. (2) C.civ.].

154. Efectuarea lichidării. Ordinea operațiunilor de lichidare începe cu realizarea activului și acoperirea pasivului social. Toate datoriile sociale trebuie achitate. Lichidatorii realizează acoperirea pasivului prin plata creditorilor societății

[1] Trimiterea legală este la regimul aplicabil administratorilor și indirect la regimului mandatului convențional (art. 1942 C.civ.).

şi consemnarea sumelor necesare pentru plata creanţelor exigibile ulterior, contestate sau nesolicitate încă de creditori. Pasivul social include şi cheltuielile nerambursate asociaţilor pentru activităţile întreprinderii.

Suportarea pasivului este obligatorie pentru societate astfel încât dacă activul net este neîndestulător pentru plata obligaţiilor sociale şi înapoierea în întregime a aporturilor (care reprezintă tot un pasiv societar, subordonat datoriilor faţă de terţi), pierderea finală se suportă de asociaţi proporţional cu contribuţia acestora stabilită prin contract (art. 1946 C.civ.).

În cazul în care activul social este îndestulător după plata datoriilor, acesta este destinat restituirii aporturilor subscrise şi vărsate de asociaţi, iar excedentul constituie profit net ce se va repartiza la rândul său asociaţilor proporţional cu partea fiecăruia la beneficii, dacă contractul de societate sau o hotărâre a asociaţilor nu prevăd alt algoritm de împărţire. Codul civil trimite, în cazul unui activ social pozitiv, la regulile privitoare la împărţeala bunurilor proprietate comună. Regula împărţirii va fi, pe cât posibil, împărţirea în natură. Dacă bunul aportat de un asociat se află încă în masa patrimonială, acesta reprezintă un criteriu puternic de atribuire în natură, iar bunul va fi restituit asociatului în natură, cu obligaţia plăţii unei sulte, dacă este cazul. Asociatul aportator de cunoştinţe specifice sau prestaţii are o situaţie aparte. Aportul său nu este unul constitutiv la patrimoniul social, dar dă dreptul la participarea la rezultatul net (profitul net), dacă acesta există. În consecinţă, după restituirea aporturilor în natură şi băneşti, acesta are dreptul să primească bunurile rezultate din prestaţia sa, dacă acestea se află încă în patrimoniul societăţii, în limita cotei sale de participare la profit, cu obligaţia plăţii unei sulte, dacă este cazul. În situaţia bunurilor la care a fost aportată doar folosinţa, proprietatea lor nefiind cuprinsă în patrimoniul social, acestea se restituie întotdeauna în natură proprietarului de drept.

Societatea simplă este o întreprindere atipică care nu cunoaşte forme de înregistrare sau publicitate comercială. Din această cauză finalizarea lichidării societăţii este o stare de fapt, constând în ieşirea din indiviziunea asupra bunurilor comune, subsecvent achitării datoriilor sociale.

155. Proceduri judiciare. Incidenţa procedurilor judiciare nu este deloc exclusă în perioada lichidării. Încălcarea de către lichidator a principiilor şi normelor procedurii dă dreptul fiecărui acţionar la acţiuni judiciare. În primul rând, o asemenea cauză pentru acţiune poate fi un motiv temeinic pentru cererea judiciară de înlocuire a lichidatorului, în condiţiile legii. Subsecvent acestei acţiuni, asociatul are o acţiune în contestarea măsurilor de distribuire sau restituire luate de lichidator. Întrebarea este dacă alegerea unui lichidator mai dă dreptul asociaţilor să sesizeze instanţa de judecată cu o acţiune în partajul (împărţeala) bunurilor comune din patrimoniul social[1]. În primul rând trebuie observat că în această materie comună a societăţii simple apelarea la un lichidator nu este obligatorie, respectiv asociaţii au calea împărţirii amiabile a bunurilor loc comune, fie pe calea ante-stabilită în contractul de societate, fie prin înţelegere ulterioară momentului dizolvării. În aceste condiţii asociaţii, în cazul neînţelegerii privind atribuirea bunurilor şi finalizarea lichidării, au

[1] Art. 979 şi urm. C.proc.civ.

deschisă, în mod direct, calea partajului judiciar, cu observarea pasivului întreprinderii. De altfel este de presupus că asociații vor apela mai degrabă la calea judiciară, aflată la dispoziția lor, decât la serviciile unui lichidator. Față de această situație, a caracterului facultativ al instituției lichidatorului în materie, apreciem că dreptul direct la acțiune al asociatului subzistă și în cazul în care a fost desemnat un lichidator. Cel puțin în mod indirect. Adică prin promovarea unei acțiuni în revocarea lichidatorului pentru motive temeinice (în cazul consimțământului tuturor asociaților revocarea este una imediată) urmată de sesizarea instanței cu cererea de împărțeală judiciară în contradictoriu cu toți asociații. Revocarea lichidatorului așează asociații în punctul inițial al opțiunii între lichidarea amiabilă și folosirea lichidatorului judiciar. Opțiunea inițială nu îi leagă cu nimic pe asociați. Lichidarea amiabilă are întotdeauna, în lipsa acordului de voință, alternativa partajului judiciar pentru înlăturarea obstacolelor ce pot să apară în procedură.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul II
Contractul de fiducie

Secțiunea 1. Noțiune

156. Noțiune. Fiducia este definită de legiuitor ca o operațiune juridică în considerarea faptului că izvorul ei este contractul sau legea. O reglementarea legală cu această finalitate se completează cu dispozițiile contractului de fiducie care reprezintă dreptul comun în materie.

Contractul de fiducie[1] este actul juridic prin care una sau mai multe părți, numiți constituitori transferă drepturi patrimoniale singulare sau un ansamblu de asemenea drepturi către una sau mai multe părți co-contractante numite fiduciari care le conservă, le administrează sau exercită acte de dispoziție asupra lor în realizarea unui scop asumat de părți și în vederea transferului lor către unul sau mai mulți beneficiari. Fiind o materie contractuală, o asemenea operațiune este supusă acceptării de către fiduciar, care trebuie să primească și să administreze drepturile primite, și acceptării către de beneficiar[2].

Sfera drepturilor patrimoniale transmise nu are limitări: drepturi reale, drepturi de creanță, sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare.

Specific acestei construcții juridice este diviziunea patrimonială pe care o creează în interiorul patrimoniului fiduciarului. Contractul este translativ de drepturi astfel că drepturile patrimoniale trec din patrimoniul constituitorului în cel al fiduciarului, însă ele își păstrează autonomia, alcătuiesc o diviziune patrimonială distinctă a patrimoniului fiduciarului, un patrimoniu de afectațiune recunoscut de Codul civil ca o specie distinctă: masa patrimonială fiduciară.

O noutate pentru dreptul românesc, fiducia este o creație juridică istorică, născută în sistemul legal englez (*trust*)[3] din Evul Mediu. Instituția juridică are rădăcini vechi și în SUA unde cunoaște reglementări scrise și variații de reglementare la nivel statal. Codificarea la nivel federal, doar cu valoare de model, a strâns principiile general

---

[1] A se vedea și *V. Nemeș*, op. cit., p. 305; *Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.)*, Noul Cod civil. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2012; *M. Nicolae*, Codex iuris civilis, tomul 1 (noul Cod civil), ediție critică, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

[2] Art. 1260 C.civ. Québec. Un trust este rezultatul unui act prin care o persoană, constituitor, transferă proprietate din patrimoniul său către alt patrimoniu constituit de el și afectat unui scop particular, patrimoniu pe care un fiduciar, prin acceptarea sa, se obligă să-l păstreze și să-l administreze.

[3] Definirea noțiunii este identică cu noțiunea calchiată după ea, fiducia: Trust-ul englezesc implică o persoană, *„settlor"* care transmite active altei persoane „trustee" pentru a le păstra sau gestiona în beneficiul unei alte persoane, *„beneficiary"*.

acceptabile de *common law* din dreptul anglo-american privind trust-ul într-o codificare uniformă, adoptată într-o formă apropiată de legislativele statale (*statutory law*)[1].

157. Fiducia și substituția fideicomisară. Spre deosebire de formele de inspirație saxonă dreptul nostru nu a adoptat consecvent una din speciile fiduciei, cea instituită pentru cauză de moarte (prin testament). Reglementarea unei instituții ce prezintă afinități cu fiducia, respectiv instituie o persoană de tip fiduciar pe calea unei liberalități (donație sau legat), își are o reglementare cu vechime în dreptul nostru, urmărind tradiția romană în domeniu. *Substituția fideicomisară* reprezintă operațiunea prin care o persoană, dispunător, dă dispoziție altei persoane, instituit, să păstreze și să administreze un bun sau bunuri care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui terț, denumit substituit, desemnat de dispunător[2]. Principiul care guvernează operațiunea este același ca cel al fiduciei, dar scopurile sunt diferite.

Această construcție juridică a substituției fideicomisară a fost, în mod tradițional, prohibită în dreptul român[3]. Codul civil admite în prezent doar limitat substituțiile fideicomisare (art. 993 C.civ.), respectiv dispunătorul poate institui o liberalitate grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a administra bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător (art. 994 C.civ.). Forma admisă de dreptul intern de substituție fideicomisară permite liberalitatea cu sarcini și transferul către substituit, exclusiv pentru cauză de moarte. Pe durata vieții instituitului acesta este proprietarul deplin al bunurilor, cel care le exploatează în mod liber. Instituitului i se aplică chiar regulile privind fiducia [art. 994 alin. (2) C.civ.]. În mod transparent, recunoscut și de legiuitorul nostru, instituitul este un fiduciar pe durata vieții sale.

Legiuitorul român a ales să trateze separat aceste instituții juridice fiindcă substituțiile fideicomisare aparțin materiei liberalităților, după intenția părților, și așa au fost tratate în mod tradițional de Codul civil. Natura comună a instituțiilor juridice, fiducia și substituția fideicomisară, nu trebuie însă negată din cauza acestei tratări și explică referirile încrucișate de la o materie la alta din titluri diferite ale Codului.

Și materia fiduciei conține o prevedere descifrabilă din punct de vedere teleologic prin raportare la reglementarea substituției fideicomisare. Dacă scopul fiduciei rezidă într-o liberalitate, respectiv constituitorul transferă drepturi patrimoniale fiduciarului cu obligația de a le transfera beneficiarului, ne aflăm în situația generală a substituției fideicomisare. Care este prohibită, cu excepția clară reglementată de cod. Pentru

---

[1] Codul uniform, *Uniform Trust Code (UTC)*. Textul integral poate fi consultat aici: *http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trust_code/utc_final_rev2010.pdf*. Numeroase state au urmat acest model, totuși este preferat în special în statul Massachusetts, considerat a avea cea mai mare experiență în domeniu (așa cum în domeniul societăților este preferat pentru constituire de societăți statul Delaware).

[2] *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., vol. III, p. 666-676. Tratarea privește Codul civil Cuza, sub reglementarea art. 803 care interzicea substituțiile fideicomisare.

[3] Art. 803 C.civ. din 1864: „Substituțiile sau fideicomisele sunt prohibite; orice dispoziție prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privirea donatarului, a eredelui numit sau a legatarului". Textul prelua la acea dată, în mod total prohibitiv, art. 896 C.civ. francez (1804).

consecvență, în această lipsă de unitate de reglementare, contractul de fiducie este lovit de nulitate absolută dacă prin el se realizează o liberalitate indirectă în folosul beneficiarului (art. 775 C.civ.). O asemenea reglementare, supusă sancțiunii absolute, este o povară grea pentru funcționarea operațiunii de fiducie fiindcă operațiunea trebuie să suporte testul liberalității în favoarea beneficiarului pentru a se verifica eficacitatea fiduciei. Nu este un secret că scopurile reglementării de tip fiducie (*trust*) nu sunt străine de crearea de liberalități pentru beneficiar[1]. Reglementarea substituției fideicomisare nu declară însă realizarea unei diviziuni patrimoniale cu regim distinct precum o face fiducia, deși instituitul este asimilat cu un fiduciar [art. 994 alin. (2) C.civ.]. Probabil că, *de lege ferenda*, legăturile dintre cele două instituții juridice ar trebui evidențiate mai clar, inclusiv prin tratarea în comun a acestora.

158. Condițiile de existență ale contractului de fiducie. Șablonul contractului de fiducie cunoaște destule constrângeri în realizarea scopului său special. Reglementarea contractului stabilește reguli de *capacitate juridică* specială. Calitatea de constituitor este recunoscută oricărei persoane fizice sau juridice; dar sunt capabile de a fi fiduciari numai instituțiile de credit, societățile de investiții și de administrare a investițiilor, societățile de servicii de investiții financiare, societățile de asigurare și de reasigurare legal înființate, notarii publici și avocații dintre persoanele fizice (art. 776 C.civ.). Calitatea de beneficiar este deschisă absolut tuturor persoanelor de drept, inclusiv celorlalte părți contractuale, constituitorul și fiduciarul.

Obiectul contractului privește transferul de drepturi patrimoniale sau ansambluri de bunuri. *Cauza* actului juridic are interdicția arătată: părțile nu pot urmări, nici indirect, gratificarea beneficiarului.

Condiția de formă cerută contractului este forma autentică (art. 774 C.civ.). Operațiunea intenționată de părți trebuie să fie una expresă[2]. Fiducia este opozabilă terților de la data menționării sale în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare (art. 780 C.civ.). În privința transferului drepturilor reale trebuie respectat regimul legal al acestei materii, respectiv înscrierea drepturilor reale imobiliare, inclusiv a garanțiilor reale imobiliare care fac obiectul contractului de fiducie, în cartea funciară.

---

[1] Scopurile declarate ale *trustului* în practica americană privesc administrarea activelor (pentru minori, incapabili etc.), optimizarea fiscală (în special în privința taxei pe moșteniri) și transmiterea activelor, în esență diferite mecanisme de optimizare și control al liberalităților.

[2] Aceasta este o reminiscență din *common law*. *Knight v. Knight* (1840) 49 ER 58, (1840) 3 Beav 148 (unde ER înseamnă English Report, iar BEAV înseamnă Beavan's Reports RC 1836-66 – cu regulile standard de citare: *http://www.oocities.org/siliconvalley/sector/7193/research/legabb.pdf*) impunea încă din 1840 cele „trei certitudini" pe care trebuie să le satisfacă *trust*-ul pentru validitate. Acestea sunt certitudinea cu privire la intenție, obiect și beneficiar. Certitudinea cu privire la intenție impune ca actul să stabilească faptul că fondatorul intenționează să înființeze un *trust*, nu un act gratuit sau alt mod de transmitere (sau nu intenționează să transfere proprietatea). Certitudinea cu privire la obiect presupune că proprietatea care constituie *trust*-ul este identificabilă și verificabilă. Certitudinea cu privire la beneficiar presupune că acesta poate fi identificat.

159. Clauze speciale ale contractului de fiducie. Contractului de fiducie trebuie să dispună asupra drepturilor patrimoniale (reale, drepturile de creanță, garanții) care fac obiectul fiduciei. Durata sa este una limitată temporal. Durata transferului în reglementarea română nu poate depăși 33 de ani începând de la data încheierii sale.

Identificarea părților este obligatorie pentru contract: identitatea constituitorului sau a constituitorilor, identitatea fiduciarului sau a fiduciarilor, identitatea beneficiarului sau a beneficiarilor ori cel puțin regulile care permit determinarea acestora.

Contractul de fiducie trebuie să dezvăluie exact scopul fiduciei pentru verificarea respectării cauzei permise a operațiunii. Bunurile transferate în patrimoniul fiduciarului au nevoie de reglementarea exactă a obligațiilor asumate de fiduciar, inclusiv sub forma puterilor de administrare și de dispoziție deținute de acesta. Contractul de fiducie si modificările sale trebuie să fie înregistrate, la cererea fiduciarului, în termen de o lună de la data încheierii acestora, la organul fiscal competent de la domiciliul fiscal al fiduciarului. Toate aceste prevederi speciale sunt edictate sub sancțiunea expresă a nulității absolute (art. 780 C.civ.).

160. Publicitatea și înregistrarea contractului de fiducie. Cerințele de publicitate ale contractului sunt realizate în primul rând prin satisfacerea cerințelor de formă ale contractului de fiduciei. Forma solemnă impusă pentru act se traduce în încheierea în formă autentică a actului. Mai departe publicitatea este realizată prin sistemul propriu ipotecilor mobiliare (Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare) eventual prin înscriere în cartea funciară dacă printre drepturile patrimoniale transmise se află și drepturi reale imobiliare.

Fiduciarului îi revin și obligații fiscale specifice în această calitate. În primul rând contractul de fiducie trebuie să fie înregistrat fiscal în termen de o lună de la data încheierii acestuia[1], la organul fiscal competent să administreze sumele datorate de fiduciar bugetului general consolidat al statului. În mod simetric același regim fiscal îl au și modificările intervenite în privința fiduciei, inclusiv în privința desemnării beneficiarului dacă aceasta nu a fost făcută la încheierea contractului. Subsecvent depunerii declarației fiscale, contractele de fiducie se înregistrează în Registrul contractelor de fiducie organizat de organele de administrare fiscală. Sancțiunea nerespectării înregistrării fiscale este una extremă: sancțiunea nulității absolute. Înregistrarea fiscală privește în mod separat eventualele imobile ce fac parte din masa patrimonială fiduciară; în vederea satisfacerii taxelor locale aferente imobilele acestea sunt înregistrate, în condițiile prevăzute de lege, la compartimentul de impunere fiscală al autorității administrației publice locale competent pentru administrarea sumelor datorate bugetelor locale ale unităților administrativ-teritoriale în raza cărora se afla imobilul.

Toate înregistrările fiscale sunt impuse sub sancțiunea nulității absolute a contractului de fiducie, sancțiune mult prea dură și o invazie nedorită a normelor fiscale în interiorul Codului civil. Tratarea fiscală a fiduciei este realizată oricum prin Codul fiscal și normele sale de aplicare, texte efemere, într-o continuă schimbare, ceea ce

[1] Fiduciarii au obligația ca, în termen de 30 zile de la încheierea sau modificarea/încetarea contractului de fiducie să depună la organul fiscal competent „Declarația de înregistrare a contractelor de fiducie", însoțită de contractul de fiducie sau documente justificative (în cazul modificării sau încetării).

face mediul fiscal neprietenos şi imprevizibil. Fiduciarul, titularul unui patrimoniu de afectaţiune reprezentat de masa patrimonială fiduciară, este supus unor obligaţii fiscale distincte, începând cu înregistrarea şi continuând cu modul de taxare a acestui patrimoniu tratat distinct. Certitudinea fiscală va fi principalul imbold pentru dezvoltarea şi folosirea viitoare a fiduciei în spaţiul autohton, mai ales că finalităţile fiscale sunt urmărite în mod tradiţional prin apelarea la această instituţie.

În prezent Codul fiscal tratează distinct situaţia fiduciei în care constituitorul este şi beneficiar (transferul nu este considerat transfer impozabil) faţă de aceea în care beneficiar este o terţă persoană[1]. Tratamentul fiscal al fiduciei este dependent de calitatea fiscală a fiduciarului, cel care este subiect al raportului juridic de drept fiscal. Dacă acesta este persoană fizică (notar, avocat) îi sunt incidente normele privind impozitul pe venit aplicabil acestor persoane, în caz contrar fiduciarul persoană juridică aplică regimul fiscal propriu (impozit pe profit).

Secţiunea a 2-a. Efectele contractului de fiducie

161. Drepturi şi obligaţii ale constituitorului. Iniţiativa contractului aparţine constituitorului şi configuraţia contractului de fiducie este dată în mare parte de voinţa sa. Constituitorul va stabili în primul rând compoziţia masei fiduciare transmise, drepturile patrimoniale pe care înţelege să le externalizeze din patrimoniului său prin crearea unei mase autonome de bunuri.

Alegerea fiduciarului aparţine în totalitate constituitorului şi dezvăluie în parte *scopurile operaţiunii*. Sfera persoanelor care au vocaţia de a fi fiduciar este restrânsă, trădând în parte tipul de fiducie ales[2].

Scopurile investiţionale şi de administrare a unor portofolii de instrumente financiare. O primă categorie de fiduciari este reprezentată de profesionişti cu activitate specializată în domeniul financiar-bancar, respectiv participanţi la piaţa monetară (instituţii de credit), participanţi la piaţa de capital (societăţi de investiţii şi administrarea investiţiilor, societăţi de servicii de investiţii financiare) sau participanţi la piaţa asigurărilor (societăţi de asigurare şi reasigurare). Toate aceste societăţi au un obiect de activitate exclusiv reprezentat de activităţile din domeniul lor de activitate reglementat prin legi speciale astfel încât alegerea lor în calitate de fiduciari determină drepturile patrimoniale transmise ce pot fi transmise şi scopurile operaţiunii. Astfel de profesionişti realizează administrarea activelor specifice domeniilor lor de activitate. Restricţiile aplicabile obiectului de activitate al acestor profesionişti la domeniul instrumentelor monetare şi financiare aduc limitări drepturilor patrimoniale care pot fi transferate în vederea administrării. De exemplu, aceşti profesionişti au restricţii în privinţa administrării portofoliilor imobiliare astfel încât transferul drepturilor de proprietate imobiliară nu este propriu acestora. *Scopurile investiţionale şi de administrare*

---

[1] Art. 25[1] C.fisc. pentru impozitul pe profit, art. 42[1] pentru impozitul pe venit, respectiv art. 283[1] în privinţa taxelor locale.

[2] În Codul civil Québec fiducia poate urmări scopuri personale sau scopuri de utilitate privată sau socială, acoperind şi *actele moris causa* (art. 1266). Fiduciile de utilitate socială privesc un interes general precum cel cultural, educaţional, filantropic, religios sau ştiinţific.

a unor portofolii de instrumente financiare sau proprii pieței asigurărilor reprezintă finalitatea unui contract de fiducie având în calitate de fiduciari astfel de profesioniști specializați ai piețelor financiare.

A doua categorie de fiduciari este reprezentată de reprezentanții profesiilor autorizate, avocații și notarii, indiferent de forma lor de organizare profesională.

Scopurile de administrare a unor active. Fiducia reprezintă o operațiune juridică care permite conservarea, administrarea și dispoziția (în scopul administrării optime a unei universalități de drepturi) asupra unor bunuri mobile sau imobile diverse. Administrarea este justificată de incapacitatea (minor, interzis) sau imposibilitatea temporară (curatelă sau lipsa din localitate) de administrare a bunurilor de către beneficiar sau pur și simplu dorința de exploatare optimă a unui ansamblu de bunuri de către un profesionist. În cazul unei mase patrimoniale diversificate fiduciari pot fi avocații sau notarii.

Scopurile de optimizare fiscală. Fiducia are vocația de a crea o masă patrimonială distinctă supusă unui regim fiscal propriu. Experiența americană a instituției arată folosirea intensă a acestei metode pentru obținerea unui regim fiscal mai avantajos[1]. În contextul român creativitatea notarilor și avocaților este așteptată încă pentru oferirea de soluții fiscale (legale) mai avantajoase pentru părți.

Scopul transmiterilor succesorale succesive. Fiducia din dreptul român nu este proiectată pentru scopuri succesorale. Acest rol, în măsura în care nu este prohibit, revine substituției fideicomisare. Durata limitată a contractului de fiducie îl face nepotrivit pentru scopuri succesorale, dar și pentru scopuri caritabile. Cei 33 de ani admiși maximal[2] pentru fiducie reprezintă o perioadă foarte scurtă pentru transmiterea dirijată a unei mase patrimoniale între generații[3].

Scopurile instituției juridice de drept românesc a fiduciei rămân cele de administrare profesională de active de care sunt răspunzători fiduciarii specializați pe piața financiară, iar pe termen scurt cele practice, de încasare creanțe, executări silite, administrare temporară etc., de care sunt responsabili reprezentanții profesiilor autorizate.

---

[1] Trustul american este folosit intens pentru reducerea sau evitarea taxelor asupra moștenirilor. În dreptul nostru taxarea bunurilor succesorale are anumite facilități. În situația în care succesiunea legală sau testamentară este dezbătută și finalizată prin întocmirea încheierii de finalizare a succesiunii în termen de 2 ani de la data decesului autorului succesiunii, nu se datorează impozit. În caz contrar moștenitorii datorează impozit de 1% calculat la valoarea masei succesorale art. 77^1 alin. (3) C.fisc. În cazul fiduciei transferul masei fiduciare de la fiduciar la beneficiar la finalul operațiunii este asimilat cu un venit taxabil [art. 42^1 alin. (4) C.fisc.: Venitul realizat în bani și în natură de beneficiarul persoană fizică la transferul masei patrimoniale de la fiduciar se supune impunerii potrivit prevederilor Capitolului IX (*Venituri din alte surse*) și în concluzie este taxat cu impozitul pe venit. Mecanismul fiduciei nu este de preferat din această perspectivă, în prezent, în dreptul intern].

[2] Codul civil Québec instituie pentru fiducie un termen maxim de 100 de ani, cele de tip utilitate socială și privată putând fi perpetue (art. 1273).

[3] Regula din dreptul anglo-saxon este cunoscută ca regula împotriva perpetuității (*rule against perpetuities*) care limitează durata de timp pentru care beneficiarul (beneficiarii) pot fi desemnați. În principiu este vorba de o perioadă maximă de 21 de ani după decesul persoanelor care existau la data instituirii trust-ului. Regula este greu de aplicat și a fost înlocuită și în dreptul englez (*The Perpetuities and Accumulations Act 2009*).

162. Poziția juridică a constituitorului. Instituția fiduciei poate așeza constituitorul într-o poziție dezavantajoasă din punctul de vedere al derulării contractului. Calitatea de proprietar a fiduciarului nu este acceptată întotdeauna de constituitor ca o desesizare totală de soarta masei patrimoniale transferate. Contractul de fiducie poate conține prevederi speciale de informare în favoarea constituitorului, de supraveghere a administrării activelor, însă acestea se pot dovedi insuficiente. Practica anglo-saxonă este aceea de instituire a mai multor fiduciari din care unul este un profesionist având ca activitate în principal administrarea patrimoniilor încredințate, iar altul este o persoană fizică, desemnată pentru interese de supraveghere, acționând de obicei cu titlu gratuit. Reglementarea noastră limitează vocația legală de a fi fiduciar la un cerc restrâns de persoane, respectiv doar avocați sau notari pentru persoane fizice (care bineînțeles nu prestează cu titlu gratuit). Desemnarea mai multor fiduciari, permisă de Codul civil[1], ridică probleme de aplicare pentru ipoteza anterioară. Masa fiduciară rămâne o masă autonomă localizată în patrimoniul fiduciarului astfel încât din punct de vedere legal (și fiscal!) masa fiduciară unică nu poate fi transmisă simultan către mai mulți fiduciari decât apelând la coproprietate. O aplicare a pluralității de fiduciari constă în afectarea apriorică a drepturilor de transferat în două mase distincte care să fie direcționate către doi fiduciari diferiți. Ceea ce înseamnă de fapt două fiducii juxtapuse, nu instituirea simultană a doi fiduciari pentru aceeași masa fiduciară.

Soluția oferită de dreptul intern pentru satisfacerea intereselor de supraveghere ale constituitorului este doar cea a reprezentantului intereselor constituitorului, respectiv constituitorul poate, chiar în timpul derulării contractului, dacă acesta nu îi refuză o asemenea facultate, să desemneze un reprezentant care să-i apere interesele în executarea contractului și să exercite drepturile acestuia, născute din contractul de fiducie (art. 778 C.civ.).

163. Denunțarea unilaterală a fiduciei. Drepturile constituitorului includ și dreptul de denunțare unilaterală a contractului de fiducie, drept care poate fi exercitat doar până în momentul acceptării contractului de beneficiar (art. 789 C.civ.). Reglementarea fiduciei permite o anumită libertate în determinare, în privința beneficiarului. Persoana sa poate să nu fie identificată la momentul încheierii contractului însă este de esența acestuia să poată fi determinată ulterior în mod cert, folosind regulile cuprinse în contract. Până la indicarea exactă a beneficiarului nu poate fi realizată nici acceptarea sa, iar dreptul de denunțare unilaterală este disponibil constituitorului[2]. Un astfel de drept nu este excepțional pentru contractul de fiducie. Beneficiarul fiduciei poate fi chiar constituitorul și atunci dreptul său de dispoziție unilaterală poate fi conservat pe toată perioada derulării contractului.

---

[1] „Fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constituitori transfera drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, *către unul sau mai mulți fiduciari* (...)" (art. 773 C.civ.).

[2] În practica americană *trust*-ul este în mod esențial revocabil la latitudinea constituitorului (*grantor*) [UTC Section 602(a)]. Codul uniform, *Uniform Trust Code (UTC)*. Textul integral se afla aici: *http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trust_code/utc_final_rev2010.pdf*. Contractul este prezumat ca revocabil dacă el nu prevede în mod explicit contrariul.

Ca regulă însă, după acceptarea de către beneficiar, contractul nu poate fi modificat sau denunțat unilateral de către părți; este necesar acordul comun sau autorizarea instanței judecătorești. Codul civil nu tratează faptul morții constituitorului fiindcă această instituție juridică a fiduciei nu este gândită în dreptul intern ca interferând cu materia succesorală. În cazul acestui eveniment fiducia devine practic irevocabilă, ea nu mai poate fi modificată sau denunțată de constituitor fiindcă acesta este un drept personal care nu se transmite succesorilor lui. Efectele contractului vor supraviețui morții constituitorului și se vor produce în forma contractuală existentă la data decesului lui. Fiducia nu este un act juridic *mortis causa* și nici un instrument pentru realizarea de liberalități indirecte astfel încât nu creează excepții de la reglementarea materiei succesorale.

164. Drepturi și obligații ale fiduciarului. Din punct de vedere juridic fiduciarul este un veritabil titular al drepturilor fiduciare transferate. Din această perspectivă cerința diligenței unui bun proprietar este tautologică. Fiduciarul este proprietar. Raporturile juridice dintre constituitor și fiduciar nu au natura administrării bunurilor altuia, sau natura unui mandat sau un raport de tip agent-principal. Proprietatea fiduciarului este afectată doar de obligațiile din contractul de fiducie și poate fi asemuită cu o modalitate a dreptului de proprietate, de genul proprietății rezolubile. Din perspectiva teoriei obligațiilor, când constituitorul este și beneficiar, contractul de fiducie este afectat de o condiție rezolutorie: cea a denunțării contractului când constituitorul are această facultate sau cea a îndeplinirii termenului fiduciei. Și în cazul beneficiarului terț proprietatea fiduciarului este rezolubilă sau limitată în timp la împlinirea termenului contractual.

Între drepturile fiduciarului trebuie subliniat dreptul la remunerație. Fiduciarul este un profesionist care desfășoară activități lucrative în mod sistematic în vederea obținerii de profit. Față de această calitate a fiduciarului contractul este prezumat oneros. Remunerația fiduciarului este stabilită prin înțelegerea părților, iar în tăcerea contractului, Codul civil trimite la regulile care privesc administrarea bunurilor altuia [art. 784 alin. (2) C.civ.].

165. Obligațiile fiduciarului în practica internațională. Dreptul anglo-saxon reține obligații specifice pentru fiduciar (*trustee*), în considerarea administrării unui patrimoniu care trebuie conservat și remis beneficiarului.

Obligația administrării prudente. Îndatorirea principală reținută pentru fiduciar este aceea a administrării prudente a masei patrimoniale preluate. Codul uniform incident în domeniu impune fiduciarului să-și desfășoare activitatea cu bună credință, în acord cu termenii contractuali, în interesul beneficiarilor și în acord cu reglementarea uniformă (codificarea *UTC*)[1]. Administrarea activelor constituitorului se aseamănă sau se suprapune peste administrarea portofoliilor de instrumente financiare astfel încât asimilarea standardelor din acest domeniu pentru toate acțiunile fiduciarului este una naturală.

---

[1] *UTC*, Section 801. Codul uniform (*The Uniform Trust Code*) prevede că fiduciarul va urma aceleași standarde ca un investitor prudent, comportament standardizat în alt act uniform de către *Uniform Law Commissioners*: Codul Investitorului Prudent [*Prudent Investor Act* (UPIA)].

Obligația de loialitate. Una din obligațiile cele mai vechi și des invocate pentru fiduciar se referă la evitarea conflictului de interese[1]. Regulile de *common law* au decantat tipuri de comportamente pentru fiduciar pentru evitarea chiar și a aparențelor de incorectitudine ce pot submina poziția fiduciarului de persoană imparțială, ghidată doar de interesele beneficiarilor. Dincolo de conflictul cu interesul propriu, loialitatea implică și rezistența la coliziunea cu interesele celorlalți în vederea obținerii unui profit maxim pentru beneficiari. Treptele de eficiență care trebuiesc urcate de fiduciar urmăresc depășirea interesului propriu, dar și apărarea adecvată a interesului beneficiarului în raporturile juridice angajate asupra masei fiduciare cu terții contractanți.

Obligația de a ține evidențele și de raportare. Fiduciarul este ținut să informeze în mod adecvat beneficiarii despre administrarea masei fiduciare și despre toate împrejurările cu impact asupra intereselor lor[2]. Dacă un beneficiar solicită informații, fiduciarul este obligat să le ofere în formă și perioadă adecvată. Fiduciarul are toate obligațiile de înregistrare și raportare contabilă și fiscală aferente proprietarilor astfel încât satisfacerea acestor obligații se subînțelege pentru fiduciari.

166. Îndatoririle fiduciarului. În raporturile juridice născute din actele juridice cu terții fiduciarul are puteri depline de dispoziție asupra masei patrimoniale fiduciare[3]. Din perspectiva terților fiduciarul este unicul titular al drepturilor exercitate (art. 784 C.civ.). Acesta nu este ținut să dezvăluie raportul său juridic cu constituitorul sau beneficiarul. Totuși fiduciarul, acționând în contul masei patrimoniale fiduciare, poate să facă mențiune expresă în acest sens dacă nu cumva chiar constituitorul i-a interzis acest lucru. Reglementarea Codului civil induce faptul că este preferabil pentru fiduciar să aleagă să-și dezvăluie această calitate, de exemplu, când masa patrimoniala fiduciară cuprinde drepturi a căror transmitere este supusă publicității, în registrul de publicitate. Dacă celelalte părți ale actul de fiducie solicită fiduciarului un asemenea comportament acesta este ținut să-și precizeze calitatea în care acționează pentru a nu i se considera actele dezavantajoase pentru masa fiduciară ca fiind încheiate pe cont propriu.

Lipsa obligațiilor clasice relevate din dreptul anglo-saxon este resimțită în reglementarea fiduciei de către Codul civil. Este drept că o asemenea reglementare poate fi suplinită prin prevederile contractului de fiducie, însă obligațiile precum cea de loialitate (conflictul de interese) și administrarea prudentă sunt prea importante pentru a fi lăsate la latitudinea părților. Mai ales că fiducia este o instituție juridică fără tradiție în practica și jurisprudența autohtonă.

Soluția subînțeleasă de legiuitor privește probabil reglementarea separată a administrării bunurilor altuia. Avem reglementate aici și obligația de diligență, onestitate și loialitate și evitarea conflictului de interese și investirea prudentă (art. 803-806 C.civ.) etc., adică toate obligațiile așteptate și pentru fiduciar. Această materie este declarată de Codul civil dreptul comun, în absența unor dispoziții legale speciale, pentru toate cazurile de administrare a bunurilor altuia. Fiducia nu este însă o

---

[1] UTC Section 802, comment, p. 127 [*„the duty of loyalty (is) perhaps the most fundamental duty of the trustee"*].

[2] UTC Section 813(a).

[3] În sensul existenței unui mandat încredințat fiduciarului de către constituitor, a se vedea *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, op. cit., p. 567.

instituție juridică de natura administrării bunurilor altuia, chiar dacă proprietatea fiduciarului nu este una pur și simplă, ci una temporară. Transferul drepturilor patrimoniale este de esența fiduciei, nu este o ficțiune, și exclude administrarea unor bunuri sau a unui patrimoniu pentru altul. Aplicarea obligațiilor din materia administrării se poate face doar prin analogie, nu în virtutea vocației instituției administrării bunurilor altuia de a aplicabilă fiduciei. *Analogia legis* [art. 1 alin. (2) C.civ.] este o aplicare legitimă a dreptului obiectiv sub regimul Codului civil, însă o trimitere directă la obligațiile respective în persoana fiduciarului ar fi fost preferabilă.

Obligația de a da socoteala a fiduciarului este reținută de Codul civil, în tradiția reglementării mandatului clasic. Satisfacerea ei trebuie realizată în condițiile stabilite de contract, cu regularitate, la intervale de timp precizate în contractul de fiducie, în interesul beneficiarului și al constituitorului (art. 783 C.civ.). Obiectul informării privește starea masei fiduciare, a îndeplinirii obligațiilor fiduciarului, a obligațiilor principale care țin de administrarea masei fiduciare.

167. Standardele profesioniștilor fiduciari. Situația regimului legal al obligațiilor fiduciarilor este îmbunătățită de faptul că toți fiduciarii care pot fi instituiți în dreptul nostru sunt profesioniști, în sensul dreptului comercial, care aplică standarde profesionale proprii cu reflectare normativă. De exemplu, societățile de servicii și investiții financiare (SSIF)[1] sunt ținute de respectarea regulilor privind evitarea conflictului de interese[2], au obligații privind acționarea în cel mai bun interes al clientului[3], privind cea mai bună execuție a actelor pentru clienți[4], onestitate și corectitudine[5], investirea și administrarea prudentă a portofoliilor. Situația este similară pentru societățile de administrare a investițiilor (SAI) care au impuse standarde detaliate privind reguli de investire prudențiale[6], conflictul de interese[7], diligența profesională[8]. Instituțiile de credit și societățile de asigurare și reasigurare se află în aceeași situație de supra-reglementare a obligațiilor și regulilor de conduită aplicabile acestor societăți. Piețele financiare au specificul supravegherii administrative astfel

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, Ed. C.H. Beck, București. 2009, p. 87-113.

[2] Art. 24 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, art. 96 și urm. din Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006 privind serviciile financiare.

[3] Art. 102 din Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006.

[4] Art. 27 din Legea nr. 297/2004. Intermediarul (SSIF) trebuie, cel puțin, să acționeze onest, imparțial și cu diligența profesională în scopul protejării intereselor investitorilor și a integrității pieței.

[5] Art. 102 și 103 din Legea nr. 297/2004. SSIF autorizată sa presteze servicii de investiții financiare principale sau conexe trebuie sa acționeze în mod onest, corect si profesional, în concordanta cu cel mai bun interes al clienților lor.

[6] Art. 15 și urm. din O.U.G. nr. 32/2012 privind organismele de plasament colectiv în valori mobiliare și societățile de administrare a investițiilor, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 297/2004 privind piața de capital.

[7] Art. 29 și urm. din O.U.G. nr. 32/2012.

[8] Art. 34 alin. (2) din O.U.G. nr. 32/2012. SAI are, cel puțin, obligația să acționeze cu corectitudine și cu diligență profesională în scopul protejării interesului investitorilor O.P.C.V.M.-urilor pe care le administrează și a integrității pieței.

încât respectarea legislației primare și derivate (actele administrativ-normative) este supusă scrutării și controlului unor autorități administrative[1].

Profesiile autorizate care permit desfășurarea activităților de fiducie (avocat, notar) cunosc la rândul lor o reglementare adecvată privind standardele profesionale si obligațiile față de clienți în privința serviciilor prestate[2]. Astfel de norme speciale aplicabile activității fiduciarilor complinesc lipsa îndatoririlor lor din reglementarea cadru a fiduciei și înlătură, cel puțin în parte, de la aplicarea prin asemănare a normelor privind administrarea bunurilor altuia.

168. Masele patrimoniale fiduciare și răspunderea fiduciarului. Masa patrimonială fiduciară este diviziune patrimonială cu efecte juridice aparte, chiar între patrimoniile de afectațiune. Ca regulă ea separă total conținutul raporturilor juridice născute în legătură cu ea de restul patrimoniului persoanei. Granița acestei diviziuni patrimoniale este impermeabilă, în ambele sensuri, la transmiterea de efecte juridice, din exterior către masa fiduciară precum și dinspre masa patrimonială spre exterior. Ca regulă, bunurile din masa patrimoniala fiduciară pot fi urmărite silit, respectiv pot satisface funcția de garanție comună, în privința creditorilor ale căror creanțe au fost născute în legătură cu aceste bunuri. Ele mai pot fi urmărite silit dacă a fost constituită o garanție reală asupra acestor bunuri, ce poate fi constituită înainte sau după încheierea contractului de fiducie, în ultima situație doar în legătură cu această activitate (încheierea contractului de fiducie nu curăță bunurile de garanțiile anterioare, ele rămân afectate acelor datorii anterioare). Și reciproca este adevărată, creditorii având drepturi născute în legătură cu bunurile din masa patrimoniala fiduciară nu pot urmări bunuri din afara acestui patrimoniu de afectațiune. În acest mod patrimoniul personal al fiduciarului este protejat de creditorii fiduciei.

Acest regim de diviziune a patrimoniilor (de afectațiune și de cel personal al fiduciarului) nu are excepții reale, ci doar situații particulare când el poate fi înlăturat (art. 786 C.civ.), respectiv creditorii constituitorului pot urmări patrimoniul de afectațiune doar dacă contractul de fiducie a fost desființat cu efecte retroactiv [art. 786 alin. (1) C.civ.]. Numai că ei nu urmăresc în acest caz patrimoniul fiduciar, ci chiar patrimoniul constituitorului în care s-au reîntors bunurile. Codul mai declară că creditorii masei fiduciare pot urmări și bunuri din patrimoniul personal al fiduciarului dacă există obligația asumată a acestuia de a răspunde pentru o parte sau pentru tot pasivul fiduciei [art. 786 alin. (2) C.civ.]. Răspunderea personală este subsidiară, respectiv va fi urmărit mai întâi activul masei patrimoniale fiduciare, iar apoi, dacă este necesar, bunurile fiduciarului garant. Și în acest caz întinderea răspunderii la patrimoniul personal al fiduciarului este asumată contractual și nu este de esența fiduciei, fiind doar grefată pe contractul principal.

Tot în întărirea regimului separației patrimoniilor, pentru prejudiciile create de fiduciar, inclusiv prin actele juridice încheiate asupra masei patrimoniale, și pentru care

---

[1] Banca Națională a României (B.N.R.) în domeniul pieței monetare, Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.) în domeniul pieței de capital și a asigurărilor.

[2] Statutul profesiei de avocat (art. 7, 227 și 234). Avocatul are obligația să depună toate diligențele necesare pentru îndeplinirea serviciului profesional ce i-a fost încredințat. Relațiile dintre avocat și clienții săi se bazează pe onestitate, probitate, corectitudine, sinceritate, loialitate și confidențialitate.

este ținut răspunzător, fiduciarul poate fi urmărit numai asupra bunurilor din patrimoniul propriu.

Alt efect al acestei separații de patrimonii este protecția patrimoniului fiduciar față de o procedură insolvență deschisă față de fiduciar, respectiv deschiderea procedurii insolvenței împotriva fiduciarului nu afectează, în declarația Codului civil, masa patrimonială fiduciară (art. 785 C.civ.). Dacă ar fi suspectat de sentimente Codul ar putea fi numit cinic, fiindcă insolvența fiduciarului nu aduce într-adevăr atingere integrității masei patrimoniale, dar o desființează, fiind un motiv de încetare a fiduciei.

169. Înlocuirea fiduciarului. Neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor fiduciarului poate da naștere unui acțiuni în înlocuirea fiduciarului aflată la îndemâna constituitorului sau beneficiarului. Acțiunea nu privește doar rezoluțiunea parțială a contractului față de fiduciar, ci și înlocuirea lui, fiindcă raportul juridic nu poate subzista fără fiduciar. Înlocuirea fiduciarului nu are regimul înlocuirii mandatarului, respectiv ea se realizează în condițiile răspunderii contractuale. Totuși Codul civil permite constituitorului sau beneficiarului să înlocuiască fiduciarul până la momentul soluționării cererii judiciare cu un administrator provizoriu (art. 788 C.civ.). Mandatul administratorului provizoriu încetează în momentul înlocuirii fiduciarului sau al respingerii cererii de înlocuire (care se soluționează cu urgență).

În mod așteptat noul fiduciar, care a acceptat desemnarea în această calitate, va avea toate drepturile și obligațiile prevăzute în contractul de fiducie.

Modificarea contractului de fiducie, chiar judiciară, este supusă realizării cerințelor de publicitate și înregistrare, având efecte doar ulterior acestui moment.

Calea judiciară a înlocuirii fiduciarului este necesară doar în condițiile în care constituitorul a pierdut dreptul de denunțare unilaterală a contractului; în caz contrar fiduciarul poate fi înlocuit oricând prin încetarea față de el a executării contractului.

Secțiunea a 3-a. Încetarea contractului de fiducie

170. Terminarea contractului. Căile naturale de încetare a contractului de fiducie sunt *împlinirea termenului* contractual sau *realizarea scopului* urmărit înainte de împlinirea termenului. Alături de acestea, acordul de voință, unanim, care a dat naștere raportului juridic poate să îl și stingă.

Cazuri speciale de încetare privesc *denunțarea* contractului[1] de către constituitor și *renunțarea* sau *neacceptarea* fiduciei de toți beneficiarii dacă contractul nu precizează o soluție de continuare a fiduciei. În mod simetric și încetarea contractului este supusă cerințelor de publicitate și înregistrare, producând efecte doar cu acest moment. Contractul de fiducie încetează și în cazul deschiderii procedurii insolvenței împotriva fiduciarului (art. 790 C.civ.).

Încetarea fiduciei, prin mecanismul operațiunii, presupune transferul masei patrimoniale fiduciare în patrimoniul beneficiarului. Contopirea patrimoniilor este întârziată totuși de plata datoriilor fiduciare (art. 791 C.civ.). Trebuie să presupunem că transferul are loc, dar masa fiduciară rămâne încă o diviziune, a patrimoniului beneficiarului de această dată, până la momentul stingerii datoriilor fiduciare.

---

[1] *L. Stănciulescu, V. Nemeș*, op. cit., p. 573.

Capitolul III
Administrarea bunurilor altuia

Secțiunea 1. Noțiune

171. Preliminarii. Administrarea bunurilor altuia este o instituție juridică nouă adoptată de Codul civil[1]. Domeniul său de aplicare este declarat din start ca fiind unul extins atât din punct de vedere al obiectului cât și al materiei juridice. Administrarea poate privi bunuri individuale, dar și mase patrimoniale sau patrimonii. Indicarea obiectului dezvăluie și vocația de aplicare gândită de legiuitor. Vocația de aplicare la un patrimoniu trimite la materia administrării persoanelor juridice în general (și a întreprinderilor cu personalitate juridică), materia maselor patrimoniale trimite la materia întreprinderilor colective fără personalitate juridică, iar materia bunurilor, unul sau mai multe, trimite la materia raporturilor juridice născute din fapte juridice *lato sensu* care au în conținut drepturi și obligații referitoare bunurile deținute pentru altul. O astfel de sferă foarte largă este temperată de existența reglementării materiei în fiecare domeniu particular. Administrarea persoanelor juridice, a întreprinderilor fără personalitate juridică ca și faptele și actele juridice privind administrarea bunurilor individuale au fiecare reguli generale și speciale de aplicare. În declarația Codului civil titlul privind administrarea bunurilor altuia se aplică în toate cazurile de administrare a bunurilor altuia în absența unor dispoziții legale speciale (art. 2794 C.civ.). Principiul este întărit de Cod prin repetare, fără să clarifice mult lucrurile: administrarea bunurilor altuia este aplicabilă oricărei administrări a bunurilor altuia, cu excepția cazului în care legea, actul constitutiv sau împrejurările concrete impun aplicarea unui alt regim juridic de administrare [art. 792 alin. (2) C.civ.]. Reglementarea este deci una supletivă și comună, aplicabilă în lipsă de norme proprii în anumite domenii.

Administrarea bunurilor altuia poate avea ca izvor și acte *mortis causa* (legat) și acte între vii (contracte), legiuitorul renunțând la tratarea unitară a liberalităților pentru a nu scinda această materie. Reglementarea poate induce un grad mare de neclaritate în privința relației cu fiducia, la care de la un anumit punct face referire în mod deschis. Inclusiv prin folosirea denumirii de beneficiar pentru titularul bunurilor administrate de administrator. Fiduciarul nu are calitatea de administrator al bunurilor beneficiarului, chiar dacă la un moment viitor îi va transfera acestuia drepturilor. Fiduciarul gestionează patrimoniul fiduciar sub nume de proprietar, drepturile aferente fiindu-i transferate în diviziunea creată în patrimoniul său. Situația este aceeași pentru instituitul din instituția juridică a substituției fideicomisare. Acesta este beneficiarul unui legat afectat de o condiție, un fiduciar, nu un administrator al unei mase de bunuri pentru altul (substituitul). Nimic nu oprește, și așa trebuie citită reglementarea, ca administrarea masei fiduciare să fie făcută pentru fiduciar.

---

[1] Reglementarea provine din Codul civil Québec, Titlul VII (*Administration of the property of others*), art. 1299 și urm.

172. Definirea noțiunii. Calitatea de administrator al bunurilor altuia este recunoscută persoanei împuternicite cu administrarea unuia sau mai multor bunuri, a unei mase patrimoniale sau a unui patrimoniu care nu îi aparține. Dincolo de izvorul acestei situații, specific administrării este faptul că valori patrimoniale (bunuri, mase patrimoniale sau patrimonii) se află sub puterea de decizie a administratorului, deși ele nu-i aparțin.

În situația proprietarului valorilor patrimoniale, în persoana sa sunt întrunite și prerogativele proprietății și cele ale controlului, ale puterii asupra bunului. Distincția trebuie făcută deci între proprietate, cu prerogativele sale complete, și controlul aferent detentorului care se bucură de puteri, prerogative limitate la administrare în limitele convenționale, asupra bunului. Această distincție între proprietate și controlul efectiv asupra bunurilor a fost făcută demult de dreptul anglo-saxon. Reglementările respective au pornit de la un model vechi de *common law*, al relației dintre principal și agent[1]. Reglementarea română (cu ascendent direct în Codul civil Québec), face și ea primii pași în instituirea unui drept comun în privința raportului juridic dintre proprietar și cel care-i administrează bunurile sau patrimoniul. Reglementarea folosește pentru părți denumirile de *beneficiar* și *administrator* și suportă atât o pluralitate de beneficiari cât și de administratori. Izvorul juridic al administrării poate fi legatul, când administratorul trebuie să accepte însărcinarea [art. 792 alin. (2) C.civ.], sau contractul.

Administrarea este ca regulă o operațiune oneroasă, administratorul având dreptul la o remunerație stabilită după regulile izvorului juridic al operațiunii. Dacă valoarea acesteia nu este stabilită totuși în acest mod și administrarea nu este, prin excepție, acceptată cu titlu gratuit, prin hotărâre judecătorească se poate stabili cuantumul remunerație în baza uzanțelor, iar în lipsă, prin evaluarea serviciilor prestate de administrator.

173. Speciile de administrare. Administrarea simplă. Întinderea puterilor recunoscute administratorului delimitează două specii de administrare: administrarea simplă și administrarea deplină. Puterile la care ne referim urmăresc în principiu distincția dintre actele juridice de conservare, actele de administrare și actele de dispoziție. Noțiunile sunt intens folosite de Codul civil, dar ele sunt lămurite doar

---

[1] Teoria agenției stă la baza reglementărilor de *common law*. Principiile ei au fost codificate de organisme cu scopuri de uniformizare a dreptului (*Restatements of the Law)* precum inițiativa *ALI (American Law Institute)* în domeniu: Retratarea Agenției [*Restatement (Third) of Agency*]. Obligațiile extrase de codificare care privesc agentul sunt: *obligația de loialitate* (agentul este ținut de realizarea beneficiului principalului în toate problemele privind relația de agenție și să nu obțină niciun profit personal din tranzacțiile încheiate cu terții pe seama principalului, să se abțină de la a-l concura pe principal, să nu folosească proprietatea principalului în interes propriu sau al terților, să nu folosească sau să comunice informații confidențiale despre principal – Capitolul 8, §8.01-§8.05 din codificare), *obligația de îndeplinire a dispozițiilor primite* (obligația să acționeze conform termenilor contractului, obligația de diligență și competență, obligația să respecte instrucțiunile primate, obligația de bună credință și conduită, obligația să dea socoteală principalului, obligația privind separarea proprietății principalului de cea proprie, evidențiere contabilă – Capitolul 8, §8.07-§8.12 din codificare).

indirect şi exemplificativ[1]. Delimitarea lor este cunoscută bine în doctrină. Actele de conservare privesc prezervarea bunurilor şi protecţia împotriva pierderii drepturilor, precum: întreruperea cursului unei prescripţii, înscrierea unei ipoteci, încuviinţarea unei executări. Actele de administrare privesc punerea în valoare a bunului după natura sa, precum închirierea unui bun, încheierea unei polițe de asigurare, culegerea fructelor produse. Actele de dispoziţie sunt cele care privesc transferul dreptului de proprietate sau constituirea unei garanţii reale asupra bunului[2]. Doctrina a analizat şi o modificare a sferei de cuprindere a actelor după obiectul la care se aplică, respectiv în cazul administrării unui patrimoniu, unele acte de dispoziţie privind bunuri individuale pot fi calificate ca acte de administrare, în observarea întregului patrimoniu supus administrării.

Administrarea simplă conferă administratorului puterea de a încheia acte de conservare şi de administrare asupra bunurilor (art. 795 C.civ.). O asemenea dispoziţie fixează nu doar puteri, ci şi obligaţii pentru administrator. Aceste acte sunt necesare şi obligatorii pentru administrator în scopul îndeplinirii mandatului său: prezervarea drepturilor asupra bunurilor şi punerea lor în valoare după folosinţa obişnuită a bunului. Fără a epuiza mandatul său, administratorul trebuie să culeagă fructele bunurilor, să exercite drepturile aferente punerii în valoare obişnuite a acestora, să încaseze creanţele născute relativ la bunuri sau patrimoniul administrat, să exercite drepturile aferente valorilor mobiliare administrate, precum participarea în adunările generale şi exercitarea dreptului de vot conform împuternicirii (art. 796 C.civ.). Tipul actelor juridice necesare exploatării normale a bunurilor administrate este impus de natura acestor bunuri (instrumente financiare, imobile, bunuri mobile etc.). Exploatarea normală, conform destinaţiei obişnuite sau conferite de proprietar bunurilor frugifere, este o obligaţie a administratorului (art. 797 C.civ.). Când în administrare intră şi sume de bani plasamentele efectuate în instrumente de economisire sau instrumente financiare trebuie să urmeze normele referitoare la *plasamentele sigure*.

Actele de dispoziţie exced acestei specii de administrare a bunurilor astfel încât înstrăinarea bunului sau constituirea unei garanţii reale asupra lui necesită autorizarea proprietarului, sau, când acesta nu poate să o dea, a instanţei judecătoreşti. Codul civil începe să folosească denumirea de beneficiar pentru proprietar şi rămâne foarte aproape de sursa sa de reglementare, Codul civil Québec[3]. În acord cu această reglementare norma de drept intern se referă la ipoteza în care beneficiarul nu a fost încă determinat[4]. În realitate administrarea născută prin legat va avea determinat beneficiarul, care este legatarul ce trebuie să fie individualizat şi să posede capacitatea juridică la data deschiderii succesiunii pentru a beneficia de legat şi pentru a deveni beneficiar. Iar administrarea având ca obiect contractul conţine exact părţile raportului juridic.

---

[1] Art. 641 C.civ. Exemple de acte de administrare (în materia coproprietăţii) sunt: încheierea sau denunţarea unor contracte de locaţiune, cesiunile de venituri imobiliare.

[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 130.

[3] Codul civil Québec, Titlul VII (*Administration of the property of others*), art. 1299 şi urm.

[4] Art. 799 alin. (1) C.civ.

Prin excepție, autorizarea beneficiarului nu este necesară în cazul bunurilor supuse pericolului deprecierii sau pieirii. Interpretarea extensivă a actelor de administrare în cazul administrării unei mase patrimoniale este reținută de Codul civil. Dacă obiectul administrării este o masa patrimonială sau un patrimoniu, administratorului îi sunt permise acte de dispoziție asupra unor bunuri individuale dacă sunt necesare pentru buna administrare a universalității [art. 799 alin. (3) C.civ.].

174. Administrarea deplină. Specia administrării depline implică plenitudinea de puteri pentru administrator, respectiv acestuia îi sunt recunoscute și puterile de dispoziție asupra bunurilor administrate, dacă actele sunt subordonate finalității maximizării valorilor administrate. Administratorul poate să dispună (doar cu titlu oneros) de bunurile administrate în orice mod care asigură o valorificare cât mai bună a masei administrate. Puterile sale sunt și comerciale, respectiv acesta are puterea de a realiza o afectațiune, să creeze o întreprindere în scopul valorificării în această formă a bunurilor încredințate. Aceste puteri implică și obligații pentru administrator. Acesta are putere deplină conferită cu un scop: să conserve și să exploateze în mod profitabil bunurile, să sporească patrimoniul, să realizeze orice operațiuni în interesul beneficiarului (art. 800 C.civ.).

Secțiunea a 2-a. Efectele administrării

175. Obligațiile administratorului. Câștigul normativ al acestei reglementări, dincolo de modul destul de sinuos de redactare, este fixarea în dreptul intern a obligațiilor persoanei care administrează pentru altul, în stilul dreptului anglo-saxon. Chiar dacă aceste norme nu au o aplicare directă ca drept comun din cauza reglementărilor speciale din multe domenii, măcar pe calea blamată a analogiei sau ca model pentru adoptarea contractuală, pot pătrunde în mediul juridic autohton.

176. Obligația de îndeplinire a obiectului însărcinării. Obligația generală indusă pentru administrator este chiar administrarea bunurilor sau maselor patrimoniale încredințate. Înainte de a discuta de modul cum este ținut administratorul să îndeplinească obiectul contractului trebuie subliniat că el are obligația de a exercita acte și operațiuni de administrare în interesul beneficiarului. Odată pornit la drum se poate discuta cum trebuie străbătut acest drum. Administratorul bunurilor altuia acționează în limitele puterilor ce îi sunt conferite și este ținut să observe și să respecte toate obligațiile ce îi incumbă potrivit actului constitutiv al administrării (contractul) și potrivit normelor legale.

Obligația de diligență, onestitate și competență[1]. Administratorul trebuie să acționeze cu diligența unui bun proprietar, să-și exercite atribuțiile cu onestitate și loialitate față de beneficiar în atingerea scopului urmărit.

Interdicția actelor de dispoziție cu titlu gratuit[2]. În realizarea activității sale, administratorul trebuie să țintească creșterea valorii bunurilor administrate. Cu

[1] Art. 803 C.civ.
[2] Art. 809 C.civ.

această finalitate nu sunt compatibile actele cu titlu gratuit asupra bunurilor sau drepturilor încredințate. Astfel de porniri idealiste și nobile trebuie satisfăcute de administrator cu patrimoniul propriu, nu cu bunurile altuia.

Dreptul de a reprezenta în justiție[1]. Conservarea bunurilor sau patrimoniului încredințat îl obligă pe administrator și la protecția judiciară. Acesta poate realiza protecția drepturilor de folosință însă are nevoie de intervenția și arătarea titularului în acțiunile petitorii.

Imparțialitatea administratorului[2]. Existența unei pluralități de beneficiari obligă administratorul să execute încredințarea primită cu imparțialitate, în acord cu drepturile și interesele fiecăruia dintre ei.

177. Obligația de loialitate. Administratorul datorează beneficiarului respectarea interesului său și abținerea de la orice fel de act care îi poate prejudicia interesele.

Soluționarea adecvată a conflictului de interese[3]. Interesul propriu sau al unei terțe persoane nu poate compromite interesul beneficiarului pentru care este ținut să lucreze administratorul. Conduita indicată în cazul ivirii unei situații de coliziune între interesul propriu și cel al beneficiarului este anunțarea de îndată a beneficiarului despre această situație și abținerea de la acțiuni contrare beneficiarului.

Interdicția dobândirii de drepturi în legătură cu bunurile administrate[4]. Contractul cu sine însuși, un instrument comercial acceptat în anumite condiții, este suspectat de lipsă de imparțialitate a administratorului, astfel încât acesta nu va putea contracta în nume propriu, decât cu acceptul expres al beneficiarului, bunurile aflate în administrare și nu va putea dobândi drepturi asupra bunurilor respective sau împotriva beneficiarului.

Interdicția folosirii bunurilor administrate în interes propriu[5]. Administratorul nu poate profita de poziția sa de paznic al bunurilor administrate și nu poate folosi în propriul său avantaj bunurile administrate sau informațiile și avantajele comerciale produse în virtutea administrării.

Separația bunurilor administrate[6]. Evitarea folosirii și profitării de bunurile și avantajele conferite de administrare se realizează și prin evidențierea distinctă a bunurilor administrate de bunurile proprii.

178. Obligația privind darea de seamă. Disocierea între proprietate și controlul asupra ei trebuie atenuată prin supravegherea și informarea adecvată a proprietarului de către detentorul bunurilor. Darea de seamă restabilește ierarhia între proprietar și administrator și satisface nevoile de punere la curent cu starea bunurilor sale. *Darea de seamă anuală* impusă administratorului după modelele societare reprezintă o stare a gestiunii bunurilor beneficiarului, produsă pentru acesta. În cazul unei pluralități de administratori, aceasta va fi un raport comun care cuprinde, în toate situațiile,

---

[1] Art. 810 C.civ.
[2] Art. 811 C.civ.
[3] Art. 804 și 805 C.civ.
[4] Art. 806 C.civ.
[5] Art. 808 C.civ.
[6] Art. 807 C.civ.

informațiile relevante necesare evaluării stării patrimoniale și datele necesare verificării exactității situațiilor. Darea de seamă poate fi certificată de un expert independent ales de beneficiar sau numit de instanța judecătorească (art. 843 C.civ.). Această dare de seamă anuală nu poate satisface integral cerințele de verificare ale beneficiarului. De aceea legea instituie și o verificare permanentă, respectiv beneficiarule este în drept să examineze registrele și documentele justificative ce au legătură cu gestiunea bunurilor sale în orice moment.

179. Obligația de inventar, de constituire de garanții si asigurare. Regula materiei este că în realizarea activităților sale administratorul nu este obligat să facă inventarul, să subscrie o poliță de asigurare sau să furnizeze garanții pentru buna executare a îndatoririlor sale. Asemenea obligații pot totuși rezulta din norme speciale, din contractul părților sau chiar pe cale judiciară. O asemenea obligație, chiar dacă nu reprezintă dreptul comun al materiei, se impune tot mai mult, mai ales în cazul administratorilor profesioniști.

În cazul existenței unei obligații de inventar a administratorului (art. 820 C.civ.) aceasta este satisfăcută prin respectarea unui cuprins al raportului de inventariere întocmit. Este necesară enumerarea completă[1] a bunurilor încredințate sau a conținutului masei patrimoniale ori a patrimoniului supus administrării, cu următoarele date: identificarea și descrierea bunurilor mobile și imobile cu indicarea valorii acestora, declararea exactă a sumelor de bani, identificarea instrumentelor financiare cu pieţele pe care sunt tranzacționate, enumerarea completă a tuturor bunurilor. Inventarierea maselor patrimoniale și a patrimoniilor va detalia și latura pasivă, respectiv datoriile.

Realizarea inventarului este o operațiune fizică cu o anumită desfășurare spațială și temporală. În acest scop administratorul va notifica beneficiarului, prin scrisoare recomandată, data si locul întocmirii inventarului. Forma inventarului este forma scrisă, contrasemnată de administrator și beneficiar sau de administrator și martori. Înscrisul poate fi autentic, dar înscrisul privat, semnat fără obiecțiuni de beneficiar, are aceeași forță probantă împotriva acestuia.

Orice persoană interesată care probează un interes poate contesta în instanță conținutul inventarului cu finalitatea întocmirii unui nou inventar, prin mijlocirea unei expertize judiciare.

Și în absența unei obligații legale sau contractuale, asigurarea bunurilor administrate ca și asigurarea profesională pentru buna executare a obligațiilor administratorilor pot fi încheiate în mod voluntar de către acesta. În cazul profesioniștilor asemenea practică poate fi fixată prin uzurile profesionale.

180. Obligația privind investirea prudentă. Activitățile administratorului pot include administrarea unor sume de bani sau instrumente financiare. Dezvoltarea și sofisticarea pieţelor financiare, gradul mare de risc implicat de tranzacționarea instrumentelor financiare (în special a speciei instrumentelor financiare derivate) obligă la stabilirea unui anumit comportament investițional al administratorului în

[1] În cazul bunurilor de uz personal, în inventar se face doar o mențiune de ordin general pentru bunurile de valoare, în echivalent lei, sub 100 euro (art. 821 C.civ.).

realizarea atribuțiilor sale. Ca regulă, efectele tranzacțiilor efectuate de administrator asupra sumelor si valorilor beneficiarului vor fi suferite de contul acestuia[1]. Pentru ca administratorul să fie exonerat de orice răspundere în cazul pierderilor, puse pe seama riscului de tranzacționare, legea impune respectarea unor standarde minimale, tocmai pentru abținerea administratorului de la asumarea, în numele beneficiarului, a unor riscuri ne-rezonabile. Cu această finalitate Codul civil instituie reguli de prudențialitate care trebuie să guverneze comportamentul investițional al administratorului. Mai întâi este delimitată zona investițională sigură, acolo unde nu există limite pentru acest comportament. Este însă o zonă redusă[2], incluzând doar *investițiile în titluri de stat emise de statul român* și *depozitele încredințate unei instituții de credit*, definite prin O.U.G. 99/2006, în limita schemei de garantare oferită de Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar[3].

Regulile privind administrarea prudentă a conturilor de investiții au dezvoltări verticale exhaustive în domeniul pieței de capital[4]. Legea pieței de capital si actele administrative emise de autoritatea administrativă a pieței se ocupă în mod special de regulile de prudențialitate aplicate profesioniștilor pieței de capital: societățile de servicii de investiții financiare[5] și societățile de administrare a investițiilor[6]. Aceste prevederi sunt proiectate pentru administratori profesioniști care se află sub supravegherea și controlul autorității administrative de supraveghere a pieței de capital (A.S.F.). Codul civil avea nevoie de un sistem de reglementare mai simplu și comprehensibil la nivel comun. Oricum, dacă administratorul este un astfel de profesionist la pieței de capital, el se va supune nivelului de reglementare indicat.

Administratorul hotărăște cu privire la efectuarea investițiilor urmând principiul diversificării portofoliului, având în vedere randamentul recunoscut fiecărei categorii de instrumente și estimările de creștere. Codul civil fixează reguli simple pentru respectarea principiului diversificării portofoliului: administratorul va putea achiziționa maxim 5% din acțiunile aceleiași societăți comerciale și va evita titlurile societăților rău platnice (nu plătesc dividende etc.)[7]. Regulile Codului civil sunt destul de simpliste[8] și ignoră legea pieței de capital. Investițiile cu grad mare de lichiditate sunt cele realizate pe piețele reglementate de instrumente financiare supravegheate administrativ

---

[1] Dacă administratorul nu indică calitatea sa și persoana beneficiarului pentru plasamentele făcute, profitul aferent sau pierderile sunt considerate ca fiind personale (art. 836 C.civ.).

[2] Art. 831 C.civ. În aplicarea acestui articol a fost emis Regulamentul B.N.R./C.N.V.M. nr. 25/2011 (art. 2).

[3] Art. 3 din O.G. nr. 39/1996 privind înființarea și funcționarea Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar. Limita de garantare este de 100.000 euro.

[4] *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 107.

[5] Art. 9 și 22-40 din Legea nr. 297/2004, art. 7 și 8 din Regulamentul C.N.V.M. nr. 32/2006.

[6] Art. 15-28 din O.U.G. nr. 32/2012 privind organismele de plasament colectiv în valori mobiliare și societățile de administrare a investițiilor, precum și pentru modificarea și completarea Legii nr. 297/2004 privind piața de capital.

[7] Art. 832 C.civ.

[8] De fapt, Codul civil nu inovează nimic, ci preia total reglementarea Codului civil Québec (art. 1340).

(de exemplu, Bursa de Valori București) și supuse unui regim normativ proiectat pentru protecția investitorilor[1].

Plasamentele în disponibilități bănești sunt restricționate la încredințarea banilor unei instituții de credit, unei societăți de asigurare sau unui OPC (organism de plasament colectiv), sub condiția ca aceste depuneri să fie foarte lichide, respectiv cererile de retragere sau răscumpărare (în cazul titlurilor de participare la OPC) să fie onorate în maxim 30 de zile. Plasamentele acoperite de garanția oferită de Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar sau de Fondul de protejare a asiguraților[2] pot fi făcute pe perioade mai lungi de timp (art. 833 C.civ.).

Reglementările civile privind prudențialitatea au caracter extrem de important pentru administrator. Respectarea lor prezumă un comportament prudent. Administratorul este apărat de orice răspundere dacă folosește doar plasamente considerate sigure. Din contră, efectuarea de plasamente în afara celor sigure, neautorizate expres de către beneficiar, atrage răspunderea administratorului în mod obiectiv (art. 835 C.civ.). El nu va avea disponibile apărările specifice: riscul de tranzacționare, atitudinea prudentă etc. Totuși menținerea plasamentelor existente la data preluării administrării, plasamente realizate de beneficiar, chiar dacă nu sunt sigure, nu angajează vreo răspundere a administratorului.

Regulile investiționale arătate inhibă practic orice inițiativă investițională a administratorului. În lipsa plasamentelor declarate sigure chiar și administrarea prudentă poate atrage răspunderea administratorului dacă nu există autorizarea beneficiarului pentru operațiunile efectuate.

181. Raporturile juridice cu terții. Administrarea bunurilor, a masei patrimoniale sau a patrimoniului, obligă administratorul la încheierea de acte juridice. Astfel de acte juridice sunt făcute în baza unui mandat explicit conținut de însărcinarea sa. Administratorul desfășoară această activitate pe seama beneficiarului său, iar efectele juridice se răsfrâng asupra bunurilor sau patrimoniului administrat. Derivat din efectele mandatului, actele juridice încheiate de administrator în limitele puterilor conferite, nu pot angaja răspunderea personală a acestuia față de terții contractanți. Derivat din aceeași instituție juridică depășirea puterilor administratorilor sau a instrucțiunilor primite, atrage răspunderea personală a administratorului dacă terților nu le-a fost cunoscută depășirea limitelor mandatului sau dacă nu cumva beneficiarul ratifică expres sau tacit actul încheiat de administrator, cu depășirea însărcinării (art. 815 C.civ.).

Administratorul nu este un prepus de care beneficiarul să fie ținut răspunzător pentru toate rezultatele activității sale care au legătură cu mandatul primit. Totuși dacă astfel de activități profită beneficiarului sub forma obținerii unui câștig, din motive de echitate beneficiarul va răspunde față de terți pentru prejudiciile pricinuite în acest mod de administrator, limitat la câștigului obținut din faptele culpabile ale administratorului (art. 816 C.civ.). Restul prejudiciului apasă pe umerii administratorului fiindcă terțul trebuie despăgubit.

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit.

[2] În domeniul pieței de capital garantarea fondurilor investitorilor este realizată de Fondul de compensare a investitorilor (Regulamentul C.N.V.M. nr. 3/2006; art. 44-52 din Legea nr. 297/2004). A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 113-116.

Beneficiarul răspunde integral pentru efectele contractelor administratorului său încheiate în limita puterilor conferite. Dacă beneficiarul induce voit, sau nu infirmă inexistența raportului său juridic de administrare cu o persoană, creând aparența unei astfel de legături terților de bună credință care contractează bazându-se pe existența unor asemenea puteri, beneficiarul va suporta toate efectele actelor încheiate de un astfel de *administrator aparent*.

182. Administrarea colectivă. Administrarea colectivă are ca regulă luarea deciziilor prin voința majorității administratorilor (art. 825 C.civ.). Actele de administrare a bunurilor, masei patrimoniale sau patrimoniului necesită acțiuni îndreptate spre realizarea prezervării în bune condiții și valorificării optime a bunurilor. Lipsa unei decizii sau blocajul decizional compromit finalitatea reglementării. Pluralitatea de administratori este instituită pentru creșterea performanței administrării nu pentru îngreunarea oricărei acțiuni. De aceea legiuitorul se preocupă de soluționarea impedimentelor care se pot ivi în funcționarea organelor de administrare colective. În primul rând este interesul beneficiarului de a institui un mod preferat de adoptare a hotărârilor. Prin voința sa poate să adopte sistemul unanimității decizionale, dacă îl consideră potrivit pentru protecția sporită a bunurilor sale. Indiferent de sistemul ales legiuitorul oferă câteva remedii pentru funcționarea instituției sale juridice. Astfel, administratorii nu sunt ținuți de deliberare colectivă pentru îndeplinirea actelor de conservare, ci le pot lua fiecare, individual. În cazul unui blocaj decizional de durată, actele de administrare pot fi realizate, temporar, cu încuviințarea instanței judecătorești (art. 826 C.civ.). Ca soluții definitive pentru neînțelegerile dintre administratori Codul civil prescrie mai multe soluții judiciare care ar trebui însă avute în vedere chiar de beneficiar când instituie o pluralitate de administratori. Soluțiile privesc partajarea atribuțiilor între administratori, conferirea votului decisiv, în caz de paritate de voturi, unuia dintre administratori, stabilirea unui mecanism simplificat de adoptare a hotărârilor, eventual prin apelarea chiar la beneficiar când este posibil sau înlocuirea unora dintre administratori [art. 826 alin. (2) C.civ.].

Administrarea colectivă presupune asumarea în comun a deciziilor luate. Aceasta este cauza pentru care administratorii sunt răspunzători în mod solidar pentru îndeplinirea atribuțiilor lor, cu excepția cazului când atribuțiile sunt partajate (prin contract, lege sau hotărâre judecătorească), iar actele prejudiciabile au fost făcute cu respectarea acestei repartizării a competențelor. Răspunderea solidară este însă neechitabilă pentru administratorul care s-a opus adoptării hotărârii păguboase pentru masa patrimonială și a notificat împotrivirea sa beneficiarului. Toate aceste condiții sunt cumulative pentru exonerarea de răspundere a administratorului fiindcă ratarea unei condiții activează o prezumție de aprobare a hotărârilor de către toți administratorii (art. 828 C.civ.).

Administratorii își pot substitui persoane în realizarea atribuțiilor lor doar pentru acte determinate, fără posibilitatea substituirii generale, în privința tuturor atribuțiilor lor. Răspunderea administratorului va acoperi însă și prejudiciile produse de persoanele pe care și le-a substituit, bazat pe un principiu de culpă în desemnare. Oricum beneficiarul nu poate suporta prejudiciul creat de un terț care lucrează în interesul său prin substituirea administratorului încuviințat de acesta decât dacă a consimțit el însuși la această substituire (art. 829 C.civ.).

183. Profiturile administrării. Normele privind beneficiarii fructelor şi beneficiarii capitalului din reglementarea administrării bunurilor altuia par stranii prin imprecizie: beneficiarul fructelor şi beneficiarul capitalului[1]. În realitate este reglementată o situația particulară: bunurile administrate prezintă dezmembrăminte, respectiv nuda proprietate şi uzufructul. Întrebarea este cum sunt suportate pierderile de către uzufructuar (*debitarea contului de venituri*) şi de către nudul proprietar (*debitarea contului de capital*). Cea mai simplă soluție este cea contractuală: repartiția profitului şi a pierderilor între beneficiarii uzufructuari şi proprietari se face conform cu prevederile actului de constituire a administrării. În lipsa soluției contractuale repartiția se face în mod echitabil, cu observarea specificului administrării şi a circumstanțelor administrării (art. 837 C.civ.).

Codul civil preia direct[2] un set de norme cu cheltuielile administrării ce incumbă *beneficiarului uzufructuar* (impozitele si taxele plătite, jumătate din remunerația administratorului şi din cheltuielile rezonabile efectuate de acesta pentru administrarea comună a capitalului şi a dobânzilor, primele de asigurare, costurile reparațiilor minore, precum şi celelalte cheltuieli obişnuite ale administrării, cheltuielile efectuate pentru conservarea drepturilor beneficiarului uzufructuar şi jumătate din costurile prilejuite de descărcarea judiciară de gestiune, în măsura în care instanța judecătorească nu dispune altfel[3]) şi *beneficiarului nud proprietar* (cheltuieli neevidențiate la uzufructuar, cheltuieli referitoare la investițiile de capital, înstrăinarea de bunuri, conservarea drepturilor beneficiarului nud proprietar capitalului, taxe şi impozite plătite asupra câştigurilor din nuda proprietate).

---

[1] Codul civil Québec califică bunurile (proprietatea) în capital şi fructe şi venituri (art. 908) în funcție de relația dintre bunuri şi produsele lor. *Capitalul* este definit ca bunurile (proprietatea) care produc fructe şi venituri, bunuri alocate pentru exploatarea unei întreprinderi, acțiuni ale unei societăți, reinvestirea fructelor sau veniturilor, prețul de înlocuire al oricărui capital ca şi indemnizația de expropriere sau asigurare ce înlocuieşte un capital. Capitalul mai include drepturi de proprietate intelectuală şi industrială, cu excepția sumelor derivate din ele fără alterarea lor, obligațiuni şi alte certificate de împrumut etc. (art. 909). *Fructele şi veniturile* sunt cele produse de un bun fără alterarea substanței.

Fructele cuprind lucrurile produse spontan de bunuri sau produse prin cultivare ori prăsila la animale.

Veniturile cuprins sumele de bani produse bunuri precum rente, dobânzi şi dividende, mai puțin cele ce reprezintă o distribuire de capital al societății (art. 910).

În termenii dreptului intern fructele sunt fructele naturale şi industriale, veniturile sunt fructele civile (şi Codul civil foloseşte noțiunea, art. 548). Codul civil nu face clasificarea bunurilor precum cel canadian în *capital* şi *fructe şi venituri*. Cea mai la îndemână referire este cea autohtonă la dezmembrământul dreptului de proprietate: uzufructul, care face separația în privința efectelor între dreptul la fructe (*fructe şi venituri*) şi dreptul asupra nudei proprietăți (*capital*). Acum capătă sens şi reglementarea română care foloseşte direct termenii canadieni (*capital, fructe şi venituri*).

[2] Codul civil Québec.

[3] Art. 838 C.civ.

Secțiunea a 3-a. Încetarea administrării

184. Natura revocabilă a administrării bunurilor altuia. Instituția administrării nu conferă drepturi reale, stabile, administratorului. Aceasta diferă într-adevăr de simplul mandat prin puterile mult mai largi și libertatea mult mai mare conferită administratorului, dar îi împrumută caracterul revocabil. Beneficiarul păstrează întotdeauna întreg mănunchiul de prerogative conferite de dreptul său de proprietate și nu renunță la niciunul dintre ele. Conservarea, administrarea, dispoziția de care se bucură administratorul asupra bunurilor altuia nu știrbesc și nu concurează atributele dreptului de proprietate ale beneficiarului, ci acționează doar în inacțiunea și permisiunea acordată de acesta. În această situație încetarea administrării își găsește cauzele în voința părților, în prevederile izvorului raportului juridic dintre părți sau în cazul unor fapte juridice care fac imposibilă continuarea administrării.

185. Cauze de încetare a administrării. Codul civil reține toate aceste cauze de încetare: *denunțarea* de către beneficiar a actului de desemnare, în condițiile notificării administratorului în privința încetării și restituirii de îndată a bunurilor, *înlocuirea* administratorului de către beneficiar (sau de către instanța judecătorească), *expirarea termenului sau împlinirea condiției* prevăzute de actul de instituire a administrării, *îndeplinirea scopului* administrării sau dispariția cauzei care a dat naștere administrării, *stingerea drepturilor beneficiarului* asupra bunurilor administrate, decesul, punerea sub interdicție judecătorească, *renunțarea administratorului* ori deschiderea procedurii insolvenței în privința acestuia, punerea sub interdicție judecătorească a beneficiarului sau deschiderea procedurii insolvenței în privința acestuia (art. 846 C.civ.). Unele motive de încetare sunt implacabile (deces, interdicție, insolvență, pieirea sau pierderea drepturilor asupra bunurilor), altele se spun voinței părților (atât beneficiarul cât și administratorul pot avea inițiativa încetării raportului juridic). Părțile sunt ținute să-și notifice inițiativa unilaterală a încetării raportului juridic prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire și acordarea unui *preaviz rezonabil*, pentru a nu produce celeilalte părți un prejudiciu pe care altfel va ținut a-l repara (art. 847 C.civ.).

186. Consecințe juridice ale încetării administrării. Administrarea bunurilor altuia nu are un sistem de publicitate adecvat pentru apărarea terților de bună credință. Momentul exact al administrării scapă unei informări exacte a acestora. Mai mult, administratorul poate fi pus în situația de a încheia cu bună credință acte juridice ulterior momentului exact al încetării raportului său juridic, pentru apărarea intereselor beneficiarului, puse în pericol. Din această cauză obligațiile care incumbă beneficiarului ulterior încetării administrării asumate cu bună credință de administrator produc depline efecte juridice. De fapt, față de terții cărora nu le este cunoscut actul încetării, actele încheiate de administrator produc efecte juridice, rămânând ca acesta să răspundă față de beneficiar pentru eventualele prejudicii.

187. Situației administrării și descărcarea de gestiune a administratorului. Încetarea administrării nu-și epuizează efectele juridice până când părțile nu se desocotesc în privința administrării trecute. Codul civil prevede că acest lucru se realizează

prin *descărcarea de gestiune*, prin primirea, cercetarea și aprobarea dării de seamă finale a administratorului asupra activității lui. Spre acest final administratorul este ținut să prezinte această *dare de seamă finală* la încetarea raportului său juridic de administrare (art. 850 C.civ.). Aceasta trebuie să prezinte în mod exhaustiv datele necesare pentru a permite verificarea exactității raportului (administratorului), împreună cu trimiteri la registrele și documentele justificative pe care se bazează, situații ce pot fi consultate de persoanele interesate. Acceptarea acestei dări de seamă de către beneficiar valorează exonerare de răspundere pentru administrator, îl descarcă pe acesta de gestiune. În ipoteza contrară a neacceptării raportului administratorilor, beneficiarii au deschisă calea unei acțiuni în angajarea răspunderii administratorilor pentru prejudiciul produs. Codul civil nu acceptă incertitudinea în privința dării de seamă a administratorului astfel încât deschide și acestuia dreptul la acțiune cu finalitatea încuviințării dării de seamă de către instanța de judecătorească. Beneficiarii se pot apăra și pot formula ei înșiși o cerere reconvențională în repararea eventualului prejudiciu pretins. Instanța judecătorească are calea încuviințării unei expertize de specialitate pentru lămurirea aspectelor de administrare aflate în dispută. În cazul decesului sau punerii sunt interdicție a administratorilor, moștenitorii sunt ținuți să predea bunurile către persoana îndreptățită împreună cu darea de seamă ce revenea spre întocmire administratorilor (art. 848 C.civ.).

În vederea desocotirii părților trebuie avute în vedere toate cheltuielile administrării, inclusiv cele ocazionate de prezentarea dării de seamă și de predarea bunurilor, care sunt în sarcina beneficiarului.

La aceste cheltuieli se adaugă și plata remunerației cuvenite administratorului în raport cu durata activității sale, chiar în caz de renunțare, denunțare a actului de desemnare sau înlocuire (art. 856 C.civ.).

188. Predarea bunurilor. Ca regulă, administratorul predă bunurile administrate la locul unde se găsesc acestea. Obligația de predare privește și orice accesoriu, fruct sau produs obținut în exercitarea atribuțiilor sale chiar dacă acestea nu erau datorate de terți beneficiarului. Obligația de restituire se întinde și asupra oricărui profit sau valoare patrimonială adăugată patrimoniului administratorului în urma utilizării (fără permisiune) a datelor și informațiilor deținute de administrator ca urmare a calității sale. Asemenea conduite încalcă oricum obligațiile administratorului și atrag răspunderea acestuia în recunoașterea compensației la care este îndreptățit beneficiarul pentru folosința sau utilizarea în interes propriu, de către administrator, a bunurilor (art. 853 C.civ.). Administratorul este pus *de drept în întârziere* în privința obligației de predare de la data acceptării ori a încuviințării judiciare a dării de seamă. În absența sau până la apariția acestor evenimente administratorul poate fi pus în întârziere prin notificare expediată prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire sau alte mijloace prevăzute de lege. La rândul său beneficiarul[1] datorează dobânzi pentru sumele cuvenite administratorului de la punerea sa în întârziere.

[1] Art. 857 C.civ. În cazul pluralității de beneficiari, aceștia sunt ținuți solidar la îndeplinirea obligațiilor față de administrator.

Capitolul IV
Sistemul sancționator de drept privat

Secțiunea 1. Introducere

189. Noțiune. Nulitatea este una dintre instituțiile reprezentative de drept privat care prin reglementarea Codului civil prezent iese din zona ezoterică a doctrinei pentru a se întrupa în mod explicit în corpusul normativ prezent. Construcția juridică, plasată în materia contractuală în prezent, a difuzat cu ușurință în alte materii și în nivelurile superioare reprezentate de ramurile speciale de drept. Importul acestei noțiuni în domenii diferite nu atrage de regulă reacții adverse semnificative, fiind acceptat fără redefiniri conceptuale, doar cu adaosuri minime.

Răspândirea sancțiunii nulității în tot sistemul de drept probează robustețea conceptului și utilitatea unui remediu legal de o forță juridică recunoscută. Căutând și alte instituții juridice cu o finalitate apropiată de cea a nulității ajungem să identificăm un domeniu al sancțiunilor civile. Remanența puternică a noțiunii din domeniul penal, unde studiul ei este unul din pilonii reglementării, a inhibat probabil abordarea sancțiunilor din perspectiva dreptului privat. Premisele și acțiunea diferită a mecanismelor de protecție din domeniul privat au refuzat coagularea unei teorii consacrate a sancțiunilor civile.

Indiferent de întârzierea decantării doctrinare, prezența în interiorul dreptului privat a mecanismelor și garanțiilor oferite părților pentru ocrotirea drepturilor lor este indiscutabilă. Chiar dacă centrul de greutate al acestor mecanisme este deplasat către ideea de protecție și răspundere, nu spre cea de pedeapsă, mijloacele de corectare a raporturilor juridice ce depășesc conturul prescris de norma juridică sunt răspândire și în dreptul privat. Faptul că sistemul penal a subliniat caracterul coercitiv al pedepselor nu înseamnă că orice sistem sancționator trebuie să pornească de la aceleași fundamentări punitive. Finalitatea sancțiunii este protecția juridică sau restaurării legalității, nu vocația punitivă, subsecventă angajării răspunderii juridice. Din perspectiva acestei finalități dreptul privat poate releva sancțiuni specifice și eficiente din punct de vedere juridic.

190. Nulitatea ca sancțiune juridică[1]. Dreptul comun rezerva în mod tradițional nulității un efect devastator, o funcție extremă de salubrizare a peisajului juridic de raporturile juridice toxice, al căror izvor juridic nu rezistă testului de legalitate. Nulitatea este sancțiunea civilă prin excelență, mijlocul conferit subiectelor de drept de a înlătura incidența efectelor unor acte juridice născute nefiresc, neconforme cu dreptul pozitiv.

Observarea nulității ca instituție juridică face vizibilă în mod direct noțiunea de *sancțiune civilă*. Definirea nulității trimite la această noțiune ca la un gen superior,

[1] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 2 și urm.

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

proxim, față de care are loc extragerea elementelor specifice ale nulității. Izvoarele normative nu urmăresc acest nivel superior sancționator, oprindu-se la efectele plenare ale sancțiunii, ineficacitatea actului juridic. Sancțiunea civilă în genere este conceptul ascuns care merită observare științifică, ineficacitatea fiind doar un efect al acestei noțiuni. Folosim deocamdată nulitatea ca mijloc de accedere la domeniului sancțiunilor civile. Odată ajunși la acest nivel putem studia speciile diferite sancțiuni și ne putem reîntoarce la nulitate pe calea analitică, a studierii părților componente ale unei noțiuni superioare. Studiul nulității poate fi așezat în contextul unui sistem sancționator de drept privat, fiind cel mai bun reprezentant al acestei instituții juridice.

191. Ordinea juridică civilă. Sistemul normativ existent la un moment dat și pe o anumită arie teritorială poate fi scrutat dintr-o perspectivă pozitivă sau dintr-una negativă. În sens pozitiv, ansamblul normelor prestabilește o serie de conduite îngăduite sau impuse de legiuitor. În interiorul acestui sistem normativ evoluează relațiile sociale validate ca fiind conforme cu legea. Toate aceste relații care coexistă armonios și conform cu sistemul de drept alcătuiesc, în sens larg, ordinea juridică civilă. Aceasta este ordinea ocrotită de drept peste care se așează ca o plasă de protecție sistemul normativ. Interacțiunea dintre ordinea juridică și sistemul normativ nu este una dură și inflexibilă. Caracterul preponderent supletiv al sistemului normativ civil face ca plasa normativă să urmeze în mod lin relieful ordinii civile, fără a o încorseta mai mult decât este necesar. Punctele de ancorare ale sistemului normativ sunt reprezentate însă de normele imperative, onerative sau prohibitive. În aceste puncte sistemul normativ este proiectat să fie ferm, iar ordinea civilă este cea care trebuie să se muleze pe conformația sistemului normativ.

192. Dimensiunea sistemului normativ de tip negativ este cea conflictuală, cea care interzice în mod imperativ depășirea cadrului legal. Aceasta acoperă **sistemul sancționator civil.** În esență, sistemul sancționator este sistemul imunitar al dreptului civil, modalitățile, instrumentele și tehnicile perfecționate de lege pentru izolarea, neutralizarea și îndepărtarea efectelor produse dincolo de limitele sistemului normativ. Adică acele efecte care ies din ordinea juridică civilă și intră în conflict cu sistemul normativ. Sancțiunile sunt instrumentele de pază ale ordinii juridice. Rolul oricărui sistem sancționator este acela al păstrării raporturilor juridice vizate în interiorul unei ordini juridice ante-definite. Legalitatea trebuie raportată la ordine juridică, nu la un sistem normativ abstract fiindcă ordinea juridică este cea ancorată în realitatea raporturilor concrete, este domeniul real care cuprinde totalitatea manifestărilor practice permise. Sistemul normativ este unul prin definiție abstract, un model care nu dobândește potențialitate decât prin intermediul unui fapt juridic particular, generator al raportului juridic concret.

193. Sancțiunea civilă și ordinea juridică. Sistemul normativ are ceva din abstractul platonic al teoriei ideilor. Este un arhetip cel mult contemplat de inițiați, un model intangibil pentru lucrurile din realitatea imediată. Ordinea juridică este cea care trebuie să aibă consistența realității fenomenelor. Prin această ordine juridică a fenomenelor lumea este cognoscibilă și posibil de apropiat pe calea unei științe particulare.

Raportarea sistemului sancționator la sistemul normativ ar implica distingerea tipurilor de norme aflate în conflict cu conduitele particulare ilicite. Normele supletive nu sunt dintre cele care activează sistemul sancționator, rolul lor fiind acela al unui sistem anatomic vegetativ: acționează în lipsa voinței. Ordinea juridică însă se întinde, prin imanența conceptului, până la rezistența normei juridice imperative.

Sistemul sancționator poate fi proiectat diferit după rațiunile teleologice ale sancțiunii. Sancțiunea include în principal un efect curativ-coercitiv, o ghidare mai mult sau mai puțin forțată a subiectelor recalcitrante înapoi în spațiul permis al ordinii juridice, și mai puțin asumat expres un efect punitiv, o pedeapsă a conduitei nelegale. Balanța dintre efectul curativ și cel punitiv al sancțiunii ține de un anumit echilibru al sistemului normativ, de o politică normativă. Este de notorietate despărțirea dreptului privat european de cel nord-american în acest punct. Ideea de *„punitive damages"*[1], atât de apreciată de dreptul american, este străină de dreptul continental. De regulă, sistemele normative europene au o tendință accentuată soteriologică, nu punitivă. Finalitatea sistemelor sancționatorii private continentale este de a proteja, de a salva ordinea juridică și mai puțin sau deloc de a pedepsi, explicit și separat de efectele raportului juridic al părților, persoanele de drept aflate în culpă.

Sistemul sancționator este răspunzător pentru ordinea juridică creând o legătură între noțiuni; sistemul sancționator reprezintă un ansamblu de instrumente juridice proiectate pentru salvgardarea ordinii juridice. Caracteristic dreptului privat este conferirea acestor instrumente, în cvasi-totalitate, persoanelor de drept care probează un interes în pentru înlăturarea atingerii adusă ordinii juridice. Spre deosebire de dreptul penal, dreptul privat difuzează sfera gardienilor ordinii juridice competenți în urmărirea și tragerea la răspundere a delicvenților civili. Aplicarea sancțiunii nu mai este confiscată de un nivel statal superior[2]. Egalitatea părților, atât de aclamată în dreptul privat, obligă atât la apărarea nediscriminatorie a subiecților, cât și la înarmarea lor egală cu instrumente de acces la concursul coerciției statale pentru apărarea drepturilor lor.

194. Apărarea ordinii juridice. Fixarea ca referință a ordinii juridice civile are avantajul haşurării unui teritoriu al legalității în interiorul căruia trebuie să evolueze raporturile juridice civile. Depășirea ei conferă contrapărții sau altor persoane care probează un interes un instrument de remediere a conduitei necorespunzătoare cu ordinea juridică. În acest mod gardienii ordinii juridice sunt chiar persoanele ale căror interese sau drepturi au fost lezate. Acest sistem de „apărare civilă" are avantajul scrutării legalității de un număr mare de participanți. În fapt, orice subiect de drept devine un gardian al ordinii juridice, în mod indirect. Apărarea propriilor interese conferă subiectelor de drept și calitatea ideală – nerevendicată în fapt – de apărători ai ordinii juridice[3]. Ordinea publică se folosește de subiecții de drept pentru

---

[1] Despăgubiri penalizatoare. Rolul lor nu este de a acoperi un prejudiciu cert și actual, ci de a penaliza o conduită contrară obligațiilor asumate și de a preîntâmpina repetarea viitoare a unor asemenea conduite.

[2] Uman sau divin: „A mea este răzbunarea și răsplătirea când se va poticni piciorul lor; că aproape este ziua pieirii lor și curând vor veni cele gătite pentru ei" (Deuteronom 32:35).

[3] Istoricul Th. Mommsen vedea în același mod și comportamentul marilor figuri istorice. Ei își urmăresc cu obstinație interesele însă posteritatea le conferă idealuri înalte, înnobilându-i

propria integritate, pentru a se proteja. Limitele sancționatorii pentru actele juridice care depășesc legalitatea vor fi cele trasate de drepturile și interesele individuale. Interesele ideatice și țelurile abstracte sunt excluse dintre mobilurile acceptate ale acțiunilor sancționatorii.

Dar putem privi lucrurile și într-o lumină diferită, putem spune că subiectele de drept au doar iluzia apărării propriilor drepturi în timp ce în realitate ei sunt presați de o voință externă imuabilă și irezistibilă, de ordinea juridică, să acționeze, să prezerve legalitatea[1]. Ordinea juridică acționează prin subiecții de drept pentru a se conserva, pentru a-și apăra conturul de agresiunea pandantului său, a nelegalității. Lipsa unui gardian propriu o obligă la înarmarea subiecților civili, la activarea celor chemați să o respecte, aceeași care pot deveni și subiecte ale raportului juridic sancționator de drept privat.

Secțiunea a 2-a. Caracteristicile sancțiunii civile

195. Sancțiunea civilă, concept integrator[2]. Dreptul privat este prin esență unul „deconcentrat", distanțat de ierarhii juridice, de organe instituționalizate care să scruteze raporturile juridice, să cântărească, să aprecieze conduita și atitudinea părților. O asemenea latură trebuie subliniată fiindcă sancțiunea este percepută de obicei împreună cu un participant instrumentator privilegiat care are asigurat monopolul identificării și probării conduitei care atrage incidența sancțiunii.

Lipsa unui asemenea pol de instrumentare administrativ-judiciar face ca procedura de incidență a sancțiunii civile să rămână eminamente privată, sub direcția și controlul părților lezate de comportamentul care încalcă granițele legii.

196. Sancțiunea civilă *nu are un caracter implacabil*, nu are capacitatea de a se obiectiviza independent de actele de voință ale subiectelor private de drept. Nu va acționa în principiu „din oficiu", chiar dacă poate avea un caracter absolut, „iremediabil", fără invocarea ei directă de un subiect de drept.

Sancțiunea civilă *are un caracter obiectiv* din punct de vedere al raportării la reprezentarea subiectivă a părții, din punct de vedere al vinovăției. În general, sistemele sancționatorii pornesc de la noțiunea de *răspundere juridică*. O astfel de noțiune implică convergența unor factori obiectivi (acțiunea sau inacțiunea condamnată), cât și a unora subiectivi (reprezentarea personală a subiectului în privința acțiunii sau inacțiunii incriminate). Vinovăția este de esența răspunderii juridice, element fără de care tridentul instituțional faptă – răspundere – pedeapsă nu se închide în mod legal.

Toate aceste considerente sunt incidente și în privința răspunderii civile, a mecanismului de osândire a debitorului unei obligații neexecutate la plata de daune-

---

de fapt cu titluri nemeritate. Interesele lor doar au coincis în parte cu progresul, cu direcția revoluționară de evoluție fără ca acestea să fie idealuri care i-au animat (*Th. Mommsen*, Istoria Romană, vol. III, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988).

[1] În sensul imaginat de Voință ca motor suprem a acțiunilor umane (*A. Schopenhauer*, Lumea ca voință și reprezentare, Ed. Humanitas, București, 2012).

[2] *C. Gheorghe*, Caracteristicile sistemului sancționator de drept privat, în RDC nr. 7-8/2010.

interese. În calitate de sancțiune civilă patrimonială, daunele-interese urmează modelul sancționator clasic și necesar: faptă ilicită săvârșită cu vinovăție, care produce în mod cauzal un prejudiciu (din punct de vedere contractual sau delictual), răspundere civilă, osândirea la daune-interese. Codul civil asimilează și el noțiunea de *vinovăție* pentru a nu mai împrumuta aceste elemente din dreptul penal. Iar răspunderea civilă este așezată sub condiția unei forme de vinovăție. Astfel, persoana de drept răspunde numai pentru faptele sale săvârșite cu intenție sau din culpă. Doar lipsa oricărei forme de vinovăție, adică situarea în afara celei mai ușoare culpe exonerează de răspundere persoana de drept. Codul civil definește atât vinovăția sub forma intenției[1] cât și cea sub forma culpei[2].

Modelul sancționator al nulității nu include această matrice. Nulitatea are un caracter obiectiv fiindcă este indiferentă față de vinovăție (și răspundere civilă implicit). Acest tip de sancțiune civilă are avantajul desprinderii de reprezentarea particulară a părții. Ea protejează de fapt norma juridică împreună cu raportul juridic abstract de proiectarea particulară în conștiința fiecărei persoane de drept. Raportul juridic concret neconform matricei legale a normei juridice nu este observat decât pentru identificarea izvorului juridic concret, a actului juridic, care va trebui să suporte sancțiunea. Acțiunea acestui tip de sancțiune civilă conferă un caracter obiectiv mecanismului sancționator.

Sancțiunea de tip răspundere patrimonială va rămâne întotdeauna pe un tărâm subiectiv, legată de subiectul de drept. Contrapus acesteia, sancțiunea civilă pură transcende reprezentarea părților și se va raporta doar la legalitate. De altfel și teoria răspunderii civile tinde să înglobeze și să se fundamenteze pe un principiu obiectiv de reparare a prejudiciului atunci când se raportează la cea mai ușoară culpă sau atunci când o prezumă, precum în materia contractuală[3]. Reprezentarea subiectivă a părții tinde să se reflecte în stabilirea întinderii obligației de dezdăunare și mai puțin în justificarea sancțiunii însăși.

Acest *caracter obiectiv* al sancțiunii civile suportă deci excepții și nuanțări în dreptul civil, dar legătura lui cu sancțiunea nulității și acceptarea lui extinsă și în cadrul altor sancțiuni ne face să vedem în el o caracteristică de gen a sancțiunii civile.

197. Legalitate și sancțiune. Dimensiunea obiectivă a *legalității* este tipică pentru sancțiunea civilă pură. Accesând sistemul pedepselor doar prin intermediul răspunderii juridice[4] sistemul penal este unul eminamente subiectiv. Fapta prevăzută de legea

---

[1] Art. 16 alin. (2) C.civ. Vinovăția sub forma intenției se manifestă când persoana prevede rezultatul faptei sale si fie urmărește producerea lui, fie, nu îl urmărește voit, dar accepta posibilitatea producerii acestui rezultat.

[2] Art. 16 alin. (3) C.civ. Vinovăția sub forma culpei implică faptul că persoana prevede rezultatul faptei sale, dar nu îl accepta, socotind fără temei că nu se va produce (culpă cu prevedere) sau nu prevede rezultatul faptei, deși putea și trebuia să îl prevadă (culpa simplă, neglijență). Codul civil reține și o variantă agravată a culpei, când persoana „cea mai lipsita de dibăcie" ar fi reușit să prevadă rezultatul faptei sale.

[3] Art. 1548 C.civ. Culpa debitorului unei obligații contractuale se prezuma prin simplul fapt al neexecutării.

[4] *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali.*

penală nu atrage pedeapsa prin intermediul calificării ca infracțiune, prin mecanismul unei răspunderi penale obiective. Accesarea directă a sancțiunii, cauzalitatea nemediată între fapt juridic *lato sensu* și sancțiune este tipică pentru sancțiunea de drept civil. Contrar accepțiunii generale privind caracterul imperativ al normelor de drept penal față de cel supletiv al dreptului civil, sancțiunile de drept (cele „pure") sunt mult mai inflexibile, obiective, în dreptul comun decât cele de drept penal. Pentru a susține asemenea teză trebuie însă să ne raportăm la coloana vertebrală a dreptului civil, la ansamblul normelor imperative. Legalitatea descrie de fapt acest ansamblu. Normele supletive – fără a fi denigrate, atât timp cât reprezintă cvasitotalitatea dreptului privat – sunt, prin vocație, deschise exprimării de voință a părților, nu pot reprezenta un obstacol de legalitate în calea acestei exprimări.

Ansamblul normelor imperative trasează însă chiar domeniul în care pot lua naștere actele juridice, ele sunt expresia „legalității" însăși. Prin sancțiunile sale pure, obiective, dreptul civil are o capacitate de regenerare totală față de orice malformații sau deviații de la dimensiunea legalității. Redobândirea legalității nu naște un raport juridic particular, de conflict, în funcție de conținutul căruia ia naștere dreptul (statal) de a aplica o sancțiune (pedeapsă). Distorsiunile legalității civile nasc, în mod direct, dreptul oricărei părți implicate (sau doar interesate) de a obține înlăturarea distorsiunii, de a obține reflexia pură a legalității.

198. Caracterul obiectiv și principiul legalității atrag însă *efecte limitate ale sancțiunii* civile, respectiv sancțiunea nu urmărește decât refacerea legalității uzurpate, reinstaurarea acesteia. În lipsa unui mecanism subiectiv, de tip răspundere juridică individualizată, nici sancțiunea juridică nu circumstanțiază în funcție de conduita și persoana subiectelor de drept. Sancțiunea urmărește legea (dreptul pozitiv), nu persoana părților. Efectele patrimoniale ale sancțiunii sunt doar o expresie a înlăturării memoriei ilicitului, a ștergerii urmelor nelegalității. Ele nu sancționează, de principiu, o conduită particulară[1] individualizată în funcție de subiectul de drept. Caracterul obiectiv al sancțiunii lipsește această măsură sancționatorie de nuanțele proprii „individualizării" pedepsei.

199. Obiectul de aplicare a sancțiunii civile. Domeniul dreptului civil cunoaște o instituție juridică tradițională[2], proeminentă, aceea a actului juridic civil. Codul civil a preferat în prezent să urmeze organizarea normativă canadiană[3] și să dezvolte o materie integratoare a obligațiilor împreună cu izvoarele sale juridice: actul juridic, faptul juridic licit și ilicit. Astfel, teoria actului juridic este integrată în izvoarele obligațiilor și tratează de fapt speciile actului juridic: actul juridic unilateral și contractul. Definiția obligației merită subliniată pentru ea provine (inclusiv în Codul canadian) din

---

[1] Excepția notabilă a amenzilor cominatorii, ca și daunele cominatorii au fost înlăturate de noul Cod de procedură civilă prin apelare la penalități în materia executării obligațiilor de a face sau a nu face (art. 905 și 906).

[2] Instituția actului juridic civil cunoaște o construcție foarte solidă în dreptul roman, răzbătând în formă foarte puțin alterată în toate sistemele de drept romanice.

[3] Codul civil Québec, Cartea a V-a (*Despre obligații*). În oglindă și Codul român are aceeași carte (a V-a), cu același titlu și organizare.

Instituțiile lui Iustinian: „Obligația este o legătura de drept în virtutea căreia debitorul este ținut sa procure o prestație creditorului, iar acesta are dreptul sa obțină prestația datorata”[1]. Codul civil tratează în mod detaliat contractele, iar în privința actelor juridice unilaterale trimite la soluțiile contractuale în măsura în care acestea sunt compatibile cu materia[2]. Practic materia contractelor conține reglementările privind actele juridice în general.

Sancțiunile civile, văzute ca garanții ale legalității, însoțesc construcția teoretică și practică a contractului, ca specie proeminentă a actului juridic. Știința dreptului civil se dezvoltă în prezent, în parte, în jurul obligațiilor și a izvoarelor lor. Actul juridic civil, surprins prin speciile sale, nu epuizează izvoarele obligațiilor. Faptul juridic licit și ilicit completează tabloul normativ, așa cum doctrina organizase mai demult materia.

Dreptul civil este recunoscut ca ramura de drept care studiază raporturile juridice guvernate de norma civilă[3]. În această cuprindere, teoria actului juridic civil, lipsită acum de o tratare unitară, rămâne doar o componentă a domeniului dreptului civil. Faptul juridic (*stricto sensu*), în calitate de izvor de raporturi juridice guvernate de norma civilă își revendică și el un teritoriu propriu de exprimare în dreptul civil.

Sancțiunile de drept civil, având vocație plenară, vor acoperi și acest domeniu. Aceste două ipostaze: actul juridic și faptul juridic reprezintă ultimul resort de studiu al teoriei obligațiilor, structura „cuantică” ultimă a acestui subdomeniu al dreptului civil. Din aceste elemente este alcătuită substanța și obiectul de studiu al teoriei obligațiilor de drept civil. Îmbinarea lor poate permite identificarea unor construcții cu grad de organizare superior. Ca regulă însă, structura primară, de acte și fapte juridice, rămâne tot timpul vizibilă, gradul de organizare superior neobturând structura de elemente primare. Pentru exemplificare, în domeniul special al dreptului comercial, un anumit tip de organizare de acte juridice distincte poate da naștere unei societăți cu personalitate juridică, entitate care poate fi abordată și instituțional, holist, fără observarea și apelarea la elementele ultime: actele și faptele juridice.

Dreptul civil, în mod tradițional, nu observa un nivel de organizare și reglementare superior actului juridic. Societatea simplă, de exemplu, rămâne în tratarea Codului civil un contract, deși reglementarea prezentă va apela și la raporturile juridice răsfrânte asupra patrimoniului social în relațiile cu terții. Codul civil intuiește o entitate nouă, o întreprindere de fapt, dar operează doar implicit cu noțiunea, prin referirile la patrimoniul social care depășesc materia contractuală. Influențele dreptului comercial se simt, deși ele sunt infirmate de reglementare. Personalitatea juridică și construcțiile instituționale sunt încă excepții pe tărâmul dreptului civil[4].

---

[1] *Obligatio est iuris vinculum quo, necessitate, adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*, Instituțiile lui Justinian (Cartea 3, Secțiunea 13). Formularea este preluată din Instituțiile lui Gaius și definește obligația ca o legătura de drept în virtutea căreia o persoană trebuie să furnizeze o prestație în conformitate cu legea statului.

[2] Art. 1325 C.civ.

[3] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 31.

[4] Art. 1892 C.civ. Societatea tipică, „societatea simplă”, nu are, ca regulă, personalitate juridică.

Acest refuz de asimilare până la capăt a conceptelor comerciale asigură poziția proeminentă a obiectului ultim al domeniului civil: actul și faptul juridic. Teoria sancțiunilor civile însă este mai evoluată, prin înglobarea construcțiilor comerciale, și se va aplica în viitor nu doar elementelor ireductibile ale domeniului, actele și faptele juridice, ci și societății simple și persoanei juridice, construcții care depășesc materia contractuală clasică.

Secțiunea a 3-a. Tipuri de sancțiuni civile

200. Finalitatea sancțiunii civile. Sancțiunea civilă este mijlocul specific de aliniere a efectelor actelor și faptelor juridice cu conținutul concret al raporturilor juridice civile legal născute și cu norma juridică civilă imperativă. Conformitatea între acești termeni exclude noțiunea de *sancțiune*. Conflictul dintre efectele faptelor juridice, *lato senso*, și voința părților sau norma juridică atrage o nevoie de disciplinare, de aliniere între conținutul raporturilor juridice concrete și norma juridică incidentă. Acest potențial conflict își găsește rezolvarea în instrumentele juridice speciale rezervate părților. Lipsa organului „instrumentator" din dreptul public necesită înarmarea părților cu mijloace legale de protecție.

Singurul cadru posibil de tranșare a unui conflict de drept comun rămâne procesul civil aflat la dispoziția părților. În interiorul acestuia sancțiunile civile își găsesc realizarea pe cale de acțiune sau „excepțiune".

În funcție de „acțiunea sau reacțiunea" recunoscută de lege, sancțiunea se va manifesta pe calea concursului forței publice (statale) sau refuzul acesteia, pentru restabilirea legalității sau protecția împotriva atingerii adusă legalității.

Sancțiunea civilă tipică constă în invalidarea raportului juridic izvorât din actul juridic încheiat în afara legii sau în refuzul sancționării juridice a efectelor care depășesc conținutul recunoscut al unui raport juridic legal încheiat.

Teoria civilă reține, în mod neunitar, mai multe tipuri de sancțiuni care realizează această funcție „curativă" în privința actelor juridice. Diferențele pot fi pur semantice. Scopul însă este același. Al *protecției sau reinstaurării legalității* așa cum este ea fixată de norma juridică imperativă. Salvgardarea legalității rămâne scopul ultim al sancțiunilor civile și genul „suprem" pentru toate instrumentele civile de sancționare a conduitelor contrare ordinii civile.

Subsecțiunea 1. Specii de sancțiuni. Abuzul de drept, ineficacitatea și inexistența actului juridic

201. Limitele dreptului subiectiv. Recunoașterea dreptului subiectiv civil nu poate avea loc decât în limitele în care acesta ființează în mod natural. Este un fapt de obicei subînțeles, protecția drepturilor subiective nu poate depăși limitele în care acestea există. Dincolo de propriile limite, drepturile nu pot primi recunoașterea judiciară, conferirea forței executorii cu consecința concursului forței coercitive a statului.

Abuzul de drept necesită o privire de ansamblu, o conștientizare a întregii țesături de raporturi juridice. Ceea ce, în mod individual, poate părea întemeiat, la scară

macrosocială poate fi abuziv. Limitele drepturilor subiective pot fi percepute cel mai bine odată cu vizualizarea întregului mănunchi de raporturi juridice care pot interfera. Viziunea socială, sistemică, relevă suprapunerile, zonele de conflict între conținuturile raporturilor juridice. Orice limită este o zonă de coliziune, o zonă în care este căutat echilibrul între forțele contrare. Abordarea clasică a abuzului de drept este una raportată la un sistem unic de referință, la raportul juridic sursă a dreptului subiectiv invocat. Din această perspectivă, abordarea este una teleologică. Scopurile recunoașterii dreptului subiectiv, finalitatea sa, este măsura recunoașterii juridice. Teza indusă este a aceea a conținutului economic și social subînțeles care guvernează și limitează finalitatea dreptului subiectiv[1]. Utilizarea dreptului dincolo de această finalitate îl face ilicit, cauzator de prejudicii pentru celelalte subiecte ale raportului juridic. O astfel de reprezentare a dreptului din punctul de vedere al adecvării finalității sale îndreaptă interpretarea spre cauza juridică a actului generator al raportului juridic. Această orientare se oprește însă la granița „viciilor" cauzei juridice (lipsa ei, caracterul ilicit), dincolo de care nu mai acționează instituția abuzului de drept, ci sancțiunea clasică a nulității actului juridic.

202. Abuzul de drept. Teoria abuzului de drept este una mai degrabă teoretică, în dreptul material. De obicei, „rezistența" în fața unui drept subiectiv atrage răspunderea juridică, în condițiile particulare de exercitare a acesteia. Pe tărâm contractual debitorul are instrumente mai puternice de apărare în sancțiunea nulității sau chiar a impreviziunii, dacă reușește să se adăpostească în spatele premiselor stricte ale acestor construcții juridice.

Sancțiunea abuzului de drept apare mai degrabă ca o apărare substanțială în direcția inexistenței dreptului subiectiv în forma în care creditorul încearcă realizarea sa. Sancțiunea efectivă constă în respingerea acțiunii creditorului, în negarea existenței dreptului subiectiv însuși. Din punct de vedere al răspunderii, aceasta nu poate fi incidentă, ca regulă, împotriva exercițiului drepturilor subiective. Doar dincolo de acest exercițiu în limitele recunoscute dreptului conduita creditorului atrage abuzul de drept. Particularitățile acestei sancțiuni juridice țin, cel puțin în teorie, de nealterarea dreptului subiectiv care nu este invalidat de respingerea particulară a realizării lui. O nouă acțiune a creditorului, bazată pe recunoașterea dreptului în limitele sale naturale și conform finalității sale (o altă cauză juridică a acțiunii) nu poate fi compromisă de acțiunea precedentă. Sancțiunea nu atinge deci raportul juridic în sine, ci specia ilicită de realizare a acestuia. Abuzul de drept este astfel o sancțiune civilă mai blândă. Nulitatea, pentru comparație, nu oferă o a doua șansă. Efectele sale sunt, ca regulă, distructive și definitive. Un raport juridic nu poate fi reînviat decât în condiții particulare și în contextul unei exprimări subsecvente de voință.

203. Viziunea Codului civil. Codul civil deplasează reglementarea abuzului de drept din ancorele ei „socialiste" direct în ambiguitatea cel puțin aparentă – dacă ar

[1] Art. 15 C.civ. Dreptul subiectiv nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori intr-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe. Izvorul clasic era art. 3 din Decretul nr. 31/1954: „Drepturile civile sunt ocrotite de lege. Ele pot fi exercitate numai potrivit cu scopul lor economic și social".

lipsi și jurisprudența aferentă – a dreptului anglo-saxon, respectiv dreptul subiectiv trebuie, în realizarea sa, să nu fie exercitat „în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil" și contrar bunei-credințe[1]. Formularea se află în partea introductivă a Codului, instituind, alături de buna-credință, un principiu de delimitare a efectelor licite ale drepturilor subiective.

Teoria intrinsecă reglementării este tot aceea a finalității drepturilor subiective recunoscute subiectelor de drept. Exercitarea lor în acord cu finalitatea prescrisă sau doar indusă de lege exclude incidența abuzului de drept. Excederea acestui spațiu, tradusă în scopul diferit, acela al vătămării altuia, atrage abuzul de drept. Relevarea unui asemenea scop impune identificarea unei forme subiective, de vinovăție, în urmărirea rezultatului prescris de legiuitor. Legea introduce și două formulări dragi dreptului anglo-saxon: excesiv și nerezonabil. Acestea trebuie înțelese în legătură cu legitimitatea realizării dreptului. Adică exercitarea dreptului conform finalității sale exclude o vătămare excesivă și nerezonabilă. O altfel de lectură ar „subiectiviza" nepermis dreptul subiectiv în funcție de debitor sau ar atenua principiul forței obligatorii a contractelor. Pe această direcție ne îndreptăm spre teoria impreviziunii care are o abordare distinctă în Codul civil.

Buna-credință, ca și ordinea publică și bunele moravuri sunt și ele elemente care pot caracteriza atitudinea subiectului de drept din punctul de vedere al calificării abuzului de drept.

Abuzul de drept rămâne și în noua reglementare o sancțiune defensivă, un instrument de paralizare a acțiunilor abuzive ale subiectelor de drept. Eficiența este una de drept procesual, de respingere a acțiunilor civile fiindcă din punct de vedere substanțial dreptul subiectiv nu este provocat din punctul de vedere al existenței sale, pe această cale.

204. Ineficacitatea actului juridic. Ineficacitatea actelor juridice nu are o tratarea unitară, dar este indicată în Codul civil. Noțiunea în sine pare a acoperi întreaga paletă a sancțiunilor civile care împiedică realizarea unor drepturi pretinse, atât pe cale de acțiune, cât și pe cale de reacțiune. Câmpul său semantic tinde să acopere domeniul actelor juridice care nu au produs efecte juridice din diferite motive și sunt împiedicate să reușească acest lucru și pe viitor, prin relevarea neconformității lor cu ordinea civilă.

Rezoluțiunea, rezilierea, revocarea, caducitatea, inopozabilitatea, reducțiunea sunt specii bine individualizate ale ineficacității actului juridic care s-au bucurat de o recunoaștere și o dezvoltare doctrinară extinsă. Numeroși autori s-au ocupat de fixarea conceptelor și prezentarea lor comparativă relativ la nulitate sau la alte sancțiuni juridice[2]. Punctul de sprijin pentru compararea acestor motive de ineficacitate stă în momentul apariției faptului generator al sancțiunii. Speciile enumerate lipsesc de

---

[1] Art. 15 C.civ.

[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 194-196; *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. All, București, 2003; *G. Boroi*, Drept civil. Teoria generală, Ed. All, București, 1995, p. 236-239; *O. Ungureanu*, Drept civil. Introducere, Ed. Rosetti, București, 2002, p. 119-182; *V. Stoica*, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile, Ed. All Educational, București, 1997, p. 19 și urm.; *Fr. Deak*, Tratat de drept succesoral, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 256-264.

efecte actele juridice pentru împrejurări ivite după încheierea lor, după momentul naşterii raportului juridic. Sancţiunea nulităţii se distanţează de ele prin viciul său originar: cauza sancţiunii, încălcarea normei are loc chiar în momentul naşterii raportului juridic şi îl urmează pe acesta pe toată durata, admisă de prescripţie, a existenţei sale.

Multe specii de sancţiuni sunt specializate, sunt ataşate de fapt unei categorii limitate de manifestări de voinţă (rezoluţiunea pentru contractele sinalagmatice cu execuţie *uno ictu*, rezilierea pentru aceleaşi contracte, cu executare succesivă, revocarea pentru donaţii, caducitatea, reducţiunea pentru acte *mortis causa*, inopozabilitatea pentru publicitatea actelor juridice etc.).

Spre deosebire de ele, nulitatea clasică este o sancţiune cu vocaţie universală, acoperind întreaga materie a actelor juridice.

Codul civil pare să fi apreciat noţiunea, reţinând-o şi folosind-o explicit, în mod curent. Din punct de vedere semantic sfera de cuprindere este cea fixată în sens larg în doctrină: sancţiune de gen care înlătură efectele actelor juridice[1] (indiferent de momentul apariţiei cauzei de ineficacitate).

În sens special, termenul este folosit în privinţa *actelor succesorale* (ineficacitatea legatelor care include ca noţiune lipsirea de efecte generată de nulitatea, revocarea, caducitatea sau desfiinţarea actului pentru nerealizarea condiţiei suspensive ori pentru îndeplinirea condiţiei rezolutorii, ineficacitatea generată de reducţiune sau ineficacitatea partajului de ascendent)[2], în privinţa *transmiterii obligaţiilor* (preluarea de datorie)[3], în privinţa *contractelor speciale* (contractul de agenţie[4]).

Noţiunea de *ineficacitate a actului juridic* devine o sancţiune generală care înlătură efectele actului juridic. Are un caracter extinctiv în privinţa raportului juridic, eliberând subiectele de drept de conţinutul vechiului raport juridic (care poate fi înlocuit cu unul nou, de „sancţionare" a părţii în culpă).

205. Inexistenţa actului juridic. Teoria inexistenţei actului juridic a preocupat mult timp doctrina juridică. Declararea ca inexistent a unui act juridic vădit contrar ordinii civile a sedus numeroşi comentatori prin caracterul extrem şi modul viguros al exprimării. Inexistenţa salvează ordinea juridică în chip total, prin nerecunoaşterea efectelor situaţiilor condamnate. Astfel de efecte sunt declarate ca neobturând cu nimic ordinea juridică, ca insesizabile pentru subiectele de drept potenţial prejudiciate. Deficienţele construcţiei inexistenţei ţin de constatarea acesteia care, în aplicarea consecventă a unei asemenea terorii, ar trebuie să fie perfect delimitată. Inexistenţa, ca sancţiune civilă, ar putea fi doar expresă. Or, tocmai acest lucru nu satisface o asemenea sancţiune.

Delimitarea de nulitatea clasică este de asemenea nesigură. De obicei se recurge la încălcarea unor elemente esenţiale pentru existenţa actului pentru a fixa domeniul de existenţă al ... „inexistenţei" actului juridic.

---

[1] Printre speciile ineficacităţii actului sunt reţinute nulitatea, rezoluţiunea, reducţiunea – art. 907 C.civ., ca şi în materia succesiunilor.

[2] Art. 1068-1073, art. 1097, art. 1163 C.civ.

[3] Art. 1604 C.civ.

[4] Art. 2093 C.civ.

Trebuie spus că doctrina tradițională românească a subliniat mai degrabă inutilitatea utilizării unui asemenea concept față de efectele identice cu cele ale nulității și complicarea inutilă a teoriei acestor nulități[1].

Indiferent de plasarea față de concept, aproprierea inexistenței de nulitate este manifestă. Diferențierea între condiții de valabilitate (nulitate) și condiții de existență (inexistența) este singurul mod de individualizare a acestor sancțiuni civile. Folosirea ei cu intermitențe de legiuitor ca și aparenta forță sancționatorie sporită fac ca acest concept să rămână cu siguranță în manualele de drept. Dacă polemica de peste un secol asupra acestei sancțiuni persistă înseamnă că ea are un loc garantat între sancțiunile de drept civil.

Codul civil adoptă o formă particulară de inexistență: *declararea ca „nescris"*. Această sancțiune va intra în limbajul juridic prin folosirea ei repetată de legiuitor. Toate referirile privesc clauze considerate incompatibile cu natura unor acte juridice. Viziunea declarată este aceea că nulitățile parțiale pure duc la suplinirea clauzelor cu normele legale aplicabile (prin „completare"), lucru valabil și pentru clauzele „nescrise", înlăturate total prin efectul normelor imperative încălcate. Nici clauzele nescrise, nici clauzele nule nu vor lăsa un interstițiu în act cât timp ele vor fi suplinite cu dispozițiile legale aplicabile[2]. Cu alte cuvinte, efectul constă în salvgardarea actului juridic (dacă clauza nu este „esențială") și incidența „de drept" a dispozițiilor supletive existente în materie.

Reglementarea dă o eficiență juridică sporită acestei sancțiuni juridice. Prin indicarea expresă a actelor (prevederilor) nescrise, legiuitorul înlătură caracterul judiciar al acestei sancțiuni. Nu mai este necesară intervenția instanței atât timp cât prevederile inexistente sunt explicit enumerate. Asta nu înseamnă că invocarea unor inexistențe „virtuale" se va bucura de același regim. Extinderea regimului „inexistenței" dincolo de sancționarea normativă explicită nu este soluționată de legiuitor și rămâne să urmeze procedura nulității.

În concluzie, sancțiunea desenată de Codul civil este una de aplicare strictă, rămânând „nescrise" doar prevederile indicate de actul normativ. Forța juridică a acestei sancțiuni nu poate fi împrumutată și altor sancțiuni de drept.

Subsecțiunea a 2-a. Specii de sancțiuni. Răspunderea juridică, penalitățile pentru neexecutare, prescripția și decăderea

206. Răspunderea juridică. Răspunderea juridică patrimonială ocupă un loc aparte în sistemul sancționator civil. Privind spre tridentul instituțional penal (infracțiune, răspundere, sancțiune) observăm că acesta are o proiecție asemănătoare și în dreptul civil. Comportamentul, fapta ilicită, contrară legii sau obligațiilor asumate (de sorginte delictuală sau contractuală în ultimă ipostază) atrage, în condițiile angajării răspunderii civile, obligația de reparare a prejudiciului cauzat. Condițiile răspunderii

---

[1] *M. Cantacuzino*, Curs de drept civil, Craiova, 1921, p. 61; *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., p. 123.

[2] Art. 1255 C.civ.

(cu accent pe vinovăție[1]) sunt cele care cuplează fapta comisă la mecanismul sancționator generând obligația de despăgubire, în cuantumul identificat de normele legale (*damnum emergens* și *lucrum cessans*).

Sancțiunea reparării prejudiciului apare ca o măsură reparatorie generală, prezentă și în dreptul civil. Latura sancționatorie patrimonială prezervă un echilibru între obligații și comportament, între obligații și prestațiile de care beneficiază subiectul de drept. În calitate de sancțiune civilă generală repararea prejudiciului are vocația de a însoți toate celelalte sancțiuni civile. Evidența rațiunii sale de a fi și echitatea pe care o apără face ca acest principiu să fie perceput mai puțin ca sancțiune civilă, ci ca reacțiune normală pentru refacerea echilibrului raporturilor juridice civile. Plasarea despăgubirii datorate la nivelul prejudiciului creat exclude o idee punitivă implicată de obicei de un sistem sancționator. Sancțiunea generată de răspunderea juridică patrimonială nu pedepsește comportamentul subiectelor de drept, ci restabilește echilibrul patrimonial (*suum cuique tribuere*). De aceea, ideea de sancțiune nu este atașată de obicei răspunderii juridice civile.

Lipsa caracterului exclusiv punitiv este caracteristică dreptului comun, solicitând un efort de adaptare din partea cercetătorului obișnuit cu conformația sancțiunilor din dreptul public. Ideea sancțiunilor patrimoniale strict punitive nu a reușit să difuzeze în interiorul dreptului de ascendență romanică. Sancționarea patrimonială a unui comportament, în afara ideii de prejudiciu, este străină dreptului nostru, rămânând doar în interiorul jurisdicțiilor anglo-saxone.

207. Teoria impreviziunii. Codul civil reține alături de dezvoltările clasice ale răspunderii civile și un antidot aparte pentru acțiunea acesteia: neexecutarea licită a obligațiilor contractuale. Antidotul este o transpunere generală a *teoriei impreviziunii* în sistemul normativ intern. Inflexibilitatea forței obligatorii a contractelor a fost un subiect vechi de dispută doctrinară. În concepția clasică nu era admisă nicio excepție de la acest principiu, în observarea caracterului distructiv al unei asemenea proceduri, al erodării nedorite a forței conferite contractelor legal încheiate. Nominalismul monetar și forța obligatorie a contractelor închideau părțile în raportul lor juridic originar indiferent de modificările ulterioare intervenite, indiferent de dezechilibrul ce putea interveni între prestațiile părților după încheierea și începerea executării lui. Concepția clasică nu accepta nicio exonerare de la executarea obligațiilor asumate, până la limita incidenței forței majore. Până la imposibilitatea evidentă și obiectivă de îndeplinire a obligațiilor, partea rămânea captivă în raportul său juridic chiar dacă prestația sa devenea excesiv de oneroasă prin schimbarea conjuncturii externe, independentă de acțiunea sau prevederea părții.

Punctul de vedere clasic este unul comprehensibil. Forța contractului trebuie acceptată, iar la încheierea lui trebuie prevăzut și ... imprevizibilul. Un filozof pozitivist afirma că eroarea fundamentală a oamenilor este convingerea asupra continuității

[1] Teoriile privind „obiectivizarea" răspunderii sunt cunoscute (a se vedea *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Teoria generală a obligațiilor, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, București, 2008). Înlăturarea vinovăției nu este însă posibilă din materia răspunderii civile. Codul civil preia din materia penală definirea formelor de vinovăție, inexistente până în prezent în dreptul comun.

lumii[1], impresia că realitatea cu care ne ducem la culcare ne va aştepta cuminte în aceeaşi formă şi la următoarea trezire, clipire sau vizionare. Modificările sunt doar „catastrofe" față de cotidian, neașteptate şi nedorite, dar singurul mod de evoluție al realității. Dacă ne-am educa rațiunea să învingă această convingere comună nu am mai putea invoca „impreviziunea", nici măcar forța majoră.

Impreviziunea normativă prezentă este una limitată şi înscrisă în condiții care să evite indisciplina contractuală. Situația premisă excede simpla situație când executarea obligațiilor asumate devine mai oneroasă datorită creşterii costurilor executării propriei obligații sau datorită scăderii valorii contraprestației. Doar dacă executarea contractului a devenit *„excesiv de oneroasă"* din prisma unor modificări excepționale a împrejurărilor ce fac *vădit injustă* prestația debitorului raportat la contraprestația primită ne putem situa în situația de excepție a teoriei impreviziunii. Chiar şi în acest caz trebuie satisfăcute şi alte cerințe: schimbarea împrejurărilor a intervenit după încheierea contractului, iar acest lucru era absolut impredictibil, adică nu a fost şi nici nu putea fi anticipat în mod rezonabil de către debitorul care nici nu şi-a asumat explicit un asemenea risc al schimbării împrejurărilor în momentul încheierii contractului[2]. Soluția incidenței impreviziunii este una amiabilă sau judiciară, cu aceeaşi finalitate: adaptarea contractului în vederea distribuirii echitabile între părți a impactului schimbărilor împrejurărilor sau soluția radicală, încetarea contractului în condițiile stabilite de părți sau instant de judecată.

208. Penalitățile pentru executarea obligațiilor de a face sau a nu face. Conformația cea mai apropiată de percepția comună a sancțiunilor o prezentau în vechea reglementare amenzile cominatorii. Poate şi din această cauză acestea sunt nişte concepte de drept civil atipice. De fapt, apariția lor normativă este târzie şi puțin cercetată din punctul de vedere al naturii juridice. Codul de procedură civilă a redimensionat materia prin eliminarea de principiu a amenzilor cominatorii şi interdicția daunelor cominatorii odată cu înlocuirea lor cu penalitățile pentru neexecutare[3]. Includerea lor între normele procedurale pare să inducă ideea unei sancțiuni de procedură civilă, nu a unei sancțiuni de drept substanțial.

Conceptul nou de penalitate pentru neexecutare încearcă să soluționeze natura oximoronică a daunelor cominatorii, proprii materiei vechi a executării contractelor. Daunele în sine sunt legate de ideea de răspundere, de prejudiciu creat creditorului prin neexecutarea unor obligații particulare. Elementul cominatoriu[4] însă este străin de ideea de reparare a unui prejudiciu şi induce ideea de constrângere, de înfrângere a rezistenței părții în fața imperativului disciplinei contractuale, a respectării obligațiilor personale. Daunele cominatorii erau în fapt sancțiuni specifice cu finalitatea constrângerii

---

[1] *B. Russell*, Istoria filozofiei occidentale, Ed. Humanitas, Bucureşti, 2005.

[2] Art. 1271 C.civ. A se vedea şi *C. Zamşa*, Teoria impreviziunii. Studiu de doctrină şi jurisprudență, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2006.

[3] Art. 905 şi 906 C.proc.civ.

[4] Din punct de vedere etimologic cuvântul derivă din *commination* (lat.) care avea sensul de amenințare.

debitorilor de a respecta obligații asumate, de a face sau de a nu face[1]. Ancorarea în domeniul răspunderii, al finalității acoperirii prejudiciului, era salvată de interdicția cumulării acestor daune cu cele datorate odată cu transformarea obligației într-o obligație patrimonială de dezdăunare integrală a prejudiciului. Daunele cominatorii rămâneau în acest fel un fel de „arvună" asupra obligației de acoperire a prejudiciului când intenția de neexecutare devenea vădită. Ele nu depășeau totuși granița răspunderii juridice, nu deveneau sancțiuni civile care să inhibe un anumit comportament, să pedepsească o atitudine contrară ordinii juridice și obiectului raportului juridic civil. Rămâneau circumscrise imperativului acoperirii prejudiciului creat.

Situația daunelor cominatorii a fost înlăturată de noul Cod de procedură civilă prin penalitățile pentru neexecutare. În acest caz, presiunea patrimonială este exercitată de creditor, cu concursul organelor de executare silită[2], căruia îi profită și conținutul patrimonial al sancțiunii. În mod fundamental diferit de daunele cominatorii, penalitățile nu se înscriu în finalitatea acoperirii cuantumului prejudiciului. Ele sunt un mijloc de coerciție patrimonială exercitată cu concursul forței de executare silită, pentru impunerea unui anumit comportament contractual: executarea obligațiilor de a face, respectiv de a nu face. Executarea silită voluntară realizează și scopul acestor penalități astfel încât ele pot fi reduse sau înlăturate dacă debitorul a fost ținut de motive temeinice să nu execute la timp obligația sa. Penalitățile asigură un beneficiu creditorului, o sancționare pură a debitorului pentru comportamentul contrar obiectului contractului.. În mod excepțional penalitățile pot coexista cu amenzile civile[3].

Caracterul sancționator al penalităților pentru neexecutarea obligațiilor de a face sau a nu face este unul particular în domeniul dreptului civil. Este păstrată disponibilitatea părții în privința utilizării acestui instrument sancționator – respectiv creditorul trebuie să sesizeze instanța judecătorească pentru aplicarea acestor penalități – dar dispare limitarea comună la domeniul răspunderii juridice civile și implicit finalitatea strictă a acoperirii prejudiciului. Instituția juridică este plasată însă în materia executării silite nu în cadrul general de drept substanțial. Apelarea la ea ține de o rezistență întinsă dincolo de obținerea unui titlu executoriu în materia obligațiilor de a face sau a nu face.

---

[1] Marea majoritate a doctrinei juridice, române si franceze, precum și a jurisprudenței, considera că adevărata natură a daunelor cominatorii era aceea de mijloc juridic de constrângere indirecta pentru asigurarea executării în natură a obligațiilor. A se vedea *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., vol. II, p. 344; *T.R. Popescu, P. Anca*, Teoria generala a obligațiilor, Ed. Științifică, Bucureşti, 1968, p. 316; *T. Pop*, Dimensiunea juridică a daunelor cominatorii, în Dreptul nr. 12/1995, p. 27.

[2] Art. 905 C.proc.civ. Dacă în termen de 10 zile de la comunicarea încheierii de încuviințare a executării debitorul nu executat de bună voie obligația de a face sau de a nu face, care nu poate fi îndeplinita prin altă persoană, acesta poate fi constrâns la îndeplinirea ei, prin aplicarea unor penalități, prin intermediul instanței de executare, în cuantum de 0,1% și 1% pe zi de întârziere din valoarea obiectului obligației sau de la 100 lei la 1.000 lei pe zi de întârziere dacă obligația nu este evaluabilă în bani. Suma este consolidată la împlinirea unui termen de 3 luni de la curgerea penalităților dacă nu-și ating scopul, încheierea definitive data de instanța de executare fiind ea însăși executorie.

[3] Materia executării hotărârilor din materia contenciosului administrativ acceptă aplicarea de amenzi civile pe zi de întârziere conducătorului autorității publice în culpă cumulat cu dreptul la penalități al creditorului în condițiile Codului de procedură civilă.

Sprijinit pe dreptul său subiectiv creditorul nu poate obține în mod direct o pedepsire a debitorului său dincolo de cadrul răspunderii civile.

Penalitățile pentru neexecutare sunt sancțiuni civile atipice, sancțiuni care nu sprijină acțiunea în reparații exercitată de un subiect de drept în limitele răspunderii civile, ci penalizează un comportament al debitorului contrar ordinii juridice. Aceste penalități realizează o breșă, încă puțin vizibilă, în sensul recunoașterii unor măsuri civile cu caracter strict punitiv, în afara noțiunii de prejudiciu suferit.

209. Prescripția. Sistemul sancțiunilor civile se bucură de o mare diversitate. Abordarea integratoare a acestei noi noțiuni trebuie să observe și instituția prescripției.

Drepturile subiective își pierd protecția juridică imanentă nu numai în situația depășirii scopului economic și social în virtutea căruia au fost recunoscute (situația abuzului de drept), dar și în situația neexercitării lor îndelungate, în ipoteza unei dezinteresări culpabile căreia legea îi conferă efecte juridice.

Prescripția se prezintă ca o sancțiune juridică a inacțiunii subiectului activ, a lipsei lui de inițiativă în exercitarea sau apărarea dreptului său. Dreptul subiectiv, în viziunea teoriei generale a științei juridice, reprezintă o facultate, o aptitudine recunoscută subiectului de drept de a avea o anumită conduită sau de a pretinde o anumită conduită (să dea, să facă, să nu facă) din partea unui subiect individualizat de drept[1]. Alegerea momentului și a modului de exercitare a dreptului subiectiv, recunoscut, este în puterea titularului dreptului – subiectul activ. Pe de altă parte, toate actele și faptele omului se desfășoară pe o axă imaginară a timpului pe care sunt proiectate și efectele raporturilor juridice. Niciun proces natural sau uman-cognitiv nu poate face abstracție de dimensiunea temporală a fenomenelor. Lipsa de exercitare a unui drept pe o întindere mare a axei temporale blochează resurse materiale sau creează incertitudine în privința existenței unor raporturi juridice. Ordinea juridică trebuie să se raporteze la starea de fapt, la manifestările exteriorizate ale subiectelor de drept. Aparența dată de starea de fapt persistentă în timp nu poate fi lipsită de efecte în domeniul ordinii juridice. Inactivitatea îndelungată în exercitarea unui drept, posesia îndelungată în nume de proprietar, creează o anume aparență juridică.

Dreptul civil a dezvoltat mecanisme prin care aparența de drept să fie asimilată în ordinea juridică după aplicarea unor teste specifice care țin de perioada de timp scursă, caracteristicile bine conturate ale aparenței, dar și de domeniul drepturilor subiective implicate.

Dincolo de această asimilare a aparenței de drept în ordinea juridică consolidată, prescripția are și caracterele unei sancțiuni juridice. Subiectul de drept care s-a desistat de obiectul dreptului său, care a lăsat în „nelucrare" exercițiul dreptului este presupus ca fiind renunțător în privința facultății sale.

O asemenea ipoteză poate să nu corespundă realității, după cum neexercitarea dreptului poate fi o simplă „delăsare", însă și în aceste cazuri prescripția poate produce efecte juridice. O astfel de situație justifică aprecierea prescripției ca sancțiune juridică severă.

---

[1] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 82.

Instituția juridică a prescripției poate fi privită atât din perspectiva titularului dreptului cât și a uzurpatorului sau a debitorului obligației de conformare cu ordinea juridică rezultată din izvoarele juridice ale obligațiilor. Dacă pentru titular prescripția apare ca o sancțiune juridică pentru debitor ea este un eveniment eliberator, un scut împotriva sancțiunilor specifice disponibile pentru creditor împotriva sa. Codul civil preia chiar această viziune integratoare a sistemului sancționator de drept privat. El definește dreptul la acțiune din materia prescripției extinctive ca dreptul de a aplica, cu concursul forței statului, o sancțiune civilă[1].

210. Prescripția extinctivă și prescripția achizitivă. Prescripția prezintă în mod tradițional două specii puternic individualizate, o latură negativă și o latură pozitivă. Latura negativă privește refuzul protecției unui drept, este prescripția extinctivă. Latura pozitivă privește un mod de dobândire a dreptului de proprietate prin posesie adecvată și îndelungată. Lipsa unei unități reale a unei instituții unice a dus la renunțarea la această abordare unică[2].

Doctrina s-a ocupat pe larg de fixarea conceptului de prescripție extinctivă și a efectelor sale. În opiniile dominante decantate, sancționate normativ în prezent de Codul civil, prescripția este o sancțiune constând în stingerea „dreptului la acțiune în sens material"[3], fără a aduce de fapt atingere substanței dreptului subiectiv în sine. O asemenea reglementare restrânge sancțiunea la sfera concursului forței coercitive publice pentru obligarea la executarea conținutului raportului juridic (în natură sau în echivalent, după situație). Sancțiunea este un refuz al concursului statului pentru obținerea obiectului raportului juridic. În acest mod raportul juridic în sine nu este atins, în substanța sa, de sancțiune, el subzistă, devine doar lipsit de protecția instrumentelor jurisdicționale ale ordinii juridice oficiale. Ca o consecință a acestei sancțiuni, executarea de bunăvoie a obligațiilor nu este supusă repetițiunii, nu este o plată nedatorată[4]. Nici drepturile sau garanțiile procesuale ale subiectului activ[5] nu sunt atinse pentru ca incidența prescripției să poată fi verificată din punctul de vedere al îndeplinirii condițiilor sale de către instanța de judecată. Testul judiciar al excepției prescripției urmărește caracterul drepturilor vizate (domeniul prescripției acoperind drepturile patrimoniale,

---

[1] Art. 2500 alin. (2) C.civ. Dreptul la acțiune este definit ca dreptul de a constrânge o persoană, cu ajutorul forței publice, să execute o anumită prestație, să respecte o anumită situație juridică sau să suporte orice altă *sancțiune civilă*.

[2] În mod tradițional, prescripția era tratată în mod unitar, fiind un „mijloc de a dobândi proprietatea sau de a se libera de o obligație, sub condițiile determinate prin această lege" (art. 1827 C.civ. din 1864). Decretul nr. 167/1958 a despărțit unitatea materiei, preluând reglementarea materia prescripției extinctive până la intrarea în vigoare a noului Cod civil. Și acesta tratează separat materiile, renunțând la denumirea de prescripție achizitivă, folosind exclusiv noțiunea de *uzucapiune* ca modalitate de dobândire a dreptului de proprietate (art. 557). Prezentarea unitară a prescripției este comună și Codului civil Québec, art. 2875.

[3] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 219, 220; Art. 2500 C.civ. Dreptul material la acțiune neexercitat în termenul stabilit de lege se stinge prin prescripție.

[4] Art. 2506 alin. (3) C.civ.

[5] Art. 29 C.proc.civ. definește acțiunea civilă ca ansamblul mijloacelor procesuale prevăzute de lege pentru protecția dreptului subiectiv pretins de către una dintre părți sau a unei alte situații juridice, precum și pentru asigurarea apărării părților în proces.

cele nepatrimoniale fiind, ca regulă, imprescriptibile[1]), termenul de prescripție (termenul general este de trei ani, dar Codul civil detaliază și termene de 10 ani, 2 ani și un an[2]), momentul de la care acest termen începe să curgă (prescripția începe să curgă, ca regulă, din momentul nașterii dreptului la acțiune[3]), precum și eventualele incidente de natură să justifice inacțiunea sancționată cu prescripția (suspendarea, întreruperea termenului de prescripție)[4].

Sancțiunile civile se caracterizează printr-o lipsă a caracterului implacabil, fiind instrumente lăsate de regulă de legiuitor la dispoziția părții vătămate sau interesate. Și în privința prescripției Codul civil s-a aliniat acestei caracteristici abandonând caracterul implacabil al instituției juridice[5].

211. Codul civil și prescripția extinctivă. După ce doctrina propunea, *de lege ferenda*[6], renunțarea la caracterul imperativ al prescripției extinctive, Cod civil propune o viziune mai aproape de specificul general al sancțiunilor civile[7]. Astfel, în noua viziune, părțile pot modifica regimul prescripției[8]. Partea în favoarea căreia curge termenul de prescripție, după momentul începerii curgerii acestui termen, poate renunța la beneficiul prescripției, cu efectele unei întreruperi a acesteia (începe să curgă un termen nou)[9]. Aplicarea sancțiunii prescripției este lăsată în totalitate la latitudinea subiectului de drept vizat, respectiv prescripția nu mai poate fi invocată din oficiu, de instanță, sau de altă persoană decât cea în folosul căreia curge prescripția, iar termenul de ridicare a excepției este limitat la primul termen de judecata în fond la care părțile sunt legal citate (art. 2512 și 2513 C.civ.). Disponibilitatea îmbrățișată de noua reglementare merge până la acceptarea convențiilor asupra condițiilor de aplicare a prescripției, asupra termenelor, momentului începerii cursului prescripției sau incidentele posibile (suspendare, întrerupere). Singura limitare legală rămâne în privința situațiilor extreme, imprescriptibilitatea sau prescriptibilitatea fixată de legiuitor, caracteristici generale care nu pot fi invalidate de părți (art. 2515 C.civ.).

---

[1] Art. 2501 și 2502 C.civ.

[2] Art. 2517-2521 C.civ.

[3] Art. 2523 C.civ.

[4] Art. 2532-2543 C.civ.

[5] Art. 1 din Decretul nr. 167/1958 (abrogat). Clauzele care atentează la regimul instituit pentru prescripție erau declarate ca fiind nule.

[6] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 216.

[7] Este în fapt, în mare parte, o revenire la reglementarea tradițională a prescripției extinctive, conform Codului civil din 1864, reglementare înlăturată prin Decretul nr. 167/1958.

[8] Prescripția extinctivă rămâne reglementată prin lege fiind interzisă orice clauză care declară o acțiune ca imprescriptibilă, deși, potrivit legii, aceasta este prescriptibilă, sau o acțiune ca prescriptibilă deși este declarată de lege imprescriptibilă. Părțile pot totuși să modifice durata termenelor de prescripție sau să modifice cursul prescripției prin modificarea cauzelor de suspendare ori de întrerupere a acesteia. Nici aceste modificări nu pot să elimine total reglementarea Codului civil astfel încât termenele de prescripție nu pot fi reduse sub perioada de un an sau mărite peste 10 ani (cu excepția termenelor de prescripție de 10 ani ori mai lungi, care pot fi prelungite până la 20 de ani (art. 2515 C.civ.).

[9] Art. 2507 și 2510 C.civ.

212. Uzucapiunea. Uzucapiunea ca mijloc de dobândire a proprietății are o accepțiune pozitivă pentru persoana în favoarea căreia acționează, dar reprezintă o sancțiune juridică pentru pasivitatea nescuzabilă a fostului titular[1]. Uzucapiunea are valoarea unei sancțiuni severe fiindcă extinctia privește chiar dreptul real. Uzucapiunea este o modalitate de dobândire a proprietății, o cale prin care drepturi reale se nasc în patrimoniul subiectelor de drept îndreptățite astfel încât, în mod necesar, drepturile anterioare asupra aceloraşi imobile sunt desființate, în mod substanțial. Recunoaşterea unui drept real, prin esența noțiunii de drept absolut, implică opozabilitatea *erga omnes*, negarea generală a drepturilor reale de acelaşi tip ale altor subiecte de drept asupra aceluiaşi bun.

Reglementarea tradițională a uzucapiunii porneşte de la caracterele posesiei şi de la calitățile titlului deținut asupra imobilului pentru a fixa modul în care aparența juridică este acceptată, după un anumit timp, ca parte a ordinii juridice. Impunerea generalizată a regimului de carte funciară, cu sistemul său de publicitate imobiliară şi modul de constituire a dreptului de proprietate, a modificat şi aplicarea uzucapiunii. Reglementarea Codului civil pleacă tocmai de la această realitate, trasând condițiile *uzucapiunii extratabulare* şi a celei *tabulare*, care, împreună, conduc spre un drept de proprietate care „nu mai poate fi contestat"[2].

Codul civil se ocupă şi de reglementarea posesiei. Noțiunea posesiei, caracterele ei, respectiv calitățile care o fac utilă pentru invocarea uzucapiunii, sunt fixate de noua reglementare[3], cu respectarea concluziilor doctrinei decantate într-o lungă perioadă de timp, dar şi cu reflectarea regimului tabular prezent.

213. Decăderea. Codul civil prezent adoptă o sancțiune juridică de tradiție în materia procesuală: decăderea. Conținutul juridic al noțiunii în materia dreptului substanțial este calchiat după modelul procesual. Exercitarea unui drept subiectiv sau săvârşirea unor acte unilaterale poate fi limitată în mod convențional sau legal. Ratarea acestor limite temporale de exercitare a dreptului atrage incidența decăderii şi pierderea dreptului însuşi (iar în cazul actelor unilaterale, împiedicarea săvârşirii lor)[4]. Prin comparație, decăderea procesuală are ca efect pierderea exercițiului unui drept procesual care nu este exercitat intr-un anumit termen[5].

Sancțiunea decăderii are un regim mai inflexibil decât cel reglementat pentru prescripția dreptului la acțiunii, refuzând beneficiul suspendării sau întreruperii pentru cel care trebuie să-l exercite. Totuşi decăderea legală sau contractuală ce ocroteşte un interes privat, de care părțile pot dispune, permite ca cel în favoarea căruia a fost stipulat beneficiul decăderii să poată să renunțe la el după îndeplinirea termenului[6].

---

[1] Ca mijloc de dobândire a proprietății (art. 1837 C.civ. din 1864). Art. 557 C.civ.

[2] Art. 931 C.civ. Aceste dispoziții au un orizont de aplicare destul de îndepărtat, fiindcă Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (art. 82) prevede că regimul legal al Codului civil se aplica numai în cazurile în care posesia a început după data intrării în vigoare a acestuia. Pentru cazurile posesiile începute înainte de acest moment sunt aplicabile dispozițiile referitoare la uzucapiune Codul civil din 1864.

[3] Art. 916-927 C.civ.

[4] Art. 2545 C.civ.

[5] Art. 185 C.proc.civ.

[6] Art. 2550 C.civ.

Invocarea decăderii se poate realiza de către beneficiar până la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate. Totuşi instanța de judecată este ținută să invoce şi să aplice din oficiu termenul de decădere, indiferent dacă cel interesat îl pune sau nu îl pune în discuție dacă acesta priveşte un drept de care părțile pot dispune în mod liber[1].

Dacă decăderea procesuală are nevoie de intermedierea nulității pentru a înlătura actele încheiate cu neobservarea termenelor procedurale (art. 185 C.proc.civ.), decăderea de drept material este o sancțiune autonomă care paralizează acțiunea ca şi prescripția, prin refuzarea recunoaşterii dreptului subiectiv şi-a coerciției statale subsecvente unui titlu executoriu.

Subsecțiunea a 3-a. Specii de sancțiuni. Nulitatea

214. Nulitatea actului juridic[2]. Nulitatea în sine ocupă un loc central în sistemul sancționator civil. Asanarea peisajului juridic concret de raporturi juridice având ca izvor acte juridice atinse de imperfecțiuni de valabilitate are un rol soteriologic important în sistemul de drept. Lipsa unor sancțiuni cu valențe exclusiv punitive face ca principalul motor al susținerii ordinii juridice să fie reprezentat de sancțiuni mai degrabă reparatorii.

Plasată în genul cauzelor de ineficiență (ineficacitate) a actelor juridice, nulitatea este o sancțiune civilă reprezentativă. Invalidarea efectelor actelor juridice care nu trec testul de legalitate este calea principală de asanare a mediului juridic de raporturile juridice viciate, fără un temei legal.

Efectul devastator al acestei sancțiuni juridice obligă la o scrutare atentă a actului juridic supus testului de legalitate, competentă şi imparțială. În mod tradițional era considerat că aceste condiții nu-şi găsesc întâlnirea în subiectivismul părților astfel încât doar instanța de judecată putea fi chemată să aplice testul de legalitate actelor juridice amenințate de nulitate. Inițiativa părții se oprea la sesizarea legală a instanței, învederarea şi probarea cauzelor de nulitate, la provocarea singurului cadru acceptat de aplicare a sancțiunii nulității: cadrul judiciar[3]. Posibilitatea unei nulități amiabile, extrajudiciare, a fost susținută cu intermitențe de doctrină împreună cu critici privind calificarea nulității amiabile mai degrabă ca un act juridic de sine-stătător, un acord de voință exprimat pentru stingerea şi înlăturarea efectelor unui raport juridic. Codul civil a atenuat regimul inflexibil al nulității în sensul spiritului dreptului privat acordând şi părților posibilitatea de a constata sau declara prin acordul lor incidența nulității[4] dacă prin lege nu se prevede altfel. Sistemul nulităților reglementat în prezent prin noul Cod civil nu modifică fundamental percepția anterioară a noțiunii, dar are meritul de o fixa, în sfârşit, în mod explicit, într-un izvor normativ.

---

[1] Art. 2550 C.civ.

[2] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit., p. 26 şi urm.

[3] Existența unei nulități amiabile, extrajudiciare, era declarată cu intermitențe de doctrină. Deficiența greu surmontabilă a acestei abordări vine din specificul efectelor nulității. În lipsa acțiunii retroactive, nulitatea amiabilă este mai degrabă un act juridic de sine-stătător, un acord de voință exprimat pentru stingerea unui raport juridic (pentru viitor) decât o nulitate veritabilă.

[4] Art. 1246 alin. (3) C.civ.

215. Abordări ale nulității. Privind spre celelalte tipuri de ineficacitate a actului juridic observăm că *differentia specifica* a acestei noțiuni stă în motivul originar de nelegalitate, respectiv actul juridic nu eșuează în timpul existenței sale pe tărâmul ineficacității juridice, ci se naște acolo, este situat din chiar prima sa clipă în afara șablonului legal prescris pentru nașterea unui raport juridic valid.

Cauzele de nulitate nu se ivesc în timpul existenței raportului juridic, ci se relevă ca fiind contemporane cu momentul prim al încheierii actului. Existența raportului juridic a fost una himerică și, odată scrutată în privința legalității, ea se risipește în neant pentru a lăsa imaginea clară a ordinii juridice ascunse privirii.

Abordările nulității au avut la bază teorii diferite în evoluția istorică a noțiunii. Lipsa unei teorii unitare în vechiul drept civil roman și creațiile pretoriene ulterioare au dus la o lipsă istorică de unitate a conceptului în dezvoltarea ulterioară a dreptului. Cea mai proeminentă tratare clasică este *teoria organicistă* de ascendență germanică.

Viziunea actului-organism este una atractivă și sugestivă. Pornind de la aceasta, tratatele de drept s-au contaminat de termeni medicali care descriu fiziologia actului juridic, simptomele clinice și patologia actului. Această formă de animism juridic conține o viziune clară și concisă. Actul juridic este un organism viu care cunoaște incidentele biologice proprii acestuia: se naște, se îmbolnăvește, eventual se însănătoșește sau moare.

Dacă boala, viciul actului-organism, este gravă, nulitatea absolută poate fi invocată de către orice persoană și este implacabilă: actul nu poate fi confirmat, boala este incurabilă. În patologia contrară, dacă viciul este unul superficial, actul-organism este tratabil, nulitatea nu poate fi invocată decât de părțile actului juridic și actul poate fi confirmat.

În cadrul acestei teorii nulitatea este o stare intrinsecă a actului, o tumoră care poate fi îndepărtată sau nu, după patologia sa proprie.

Dincolo de caracterul excesiv de alegoric al teoriei, nulitatea în această teorie are un efect juridic implacabil și devastator. Actul juridic este desființat cu brutalitate, iar efectele sale, inclusiv actele subsecvente, printr-o contagiere nediferențiată, suportă și ele aceeași soartă. Teoria actului-organism are o anumită cruzime naturală pe care filogenia o inspiră.

216. Nulitatea-sancțiune. Nevoia de atenuare a tușelor groase ale teoriei clasice a nulității a dus la reconsiderarea nulității din perspectiva sancțiunii civile. În această abordare, nulitatea nu este intrinsecă actului, nu sălășluiește în el, ci este doar o măsură aplicată pentru apărarea ordinii juridice atunci când efectele sale zdruncină această ordine. Alinierea la genul proxim al sancțiunii civile a fost întârziată de cristalizarea târzie a acestei ultime noțiuni în interiorul dreptului privat. Sancțiunea juridică a fost în general închisă în interiorul dreptului public, în dreptul penal în special. Acceptarea mecanismului ei în dreptul privat a fost considerată mult timp ca ne-necesară. Răspunderea juridică conținea toate elementele de disciplinare a raporturilor juridice: fapta ilicită, prejudiciul, vinovăția și legătura de cauzalitate, în prezența cărora se naște obligația debitorului de a dezdăuna pe creditorul său.

Extragerea sancțiunii din mecanismul răspunderii juridice, precum și identificarea altor forme de sancțiune juridică civilă nu a părut absolut necesară în dreptul privat.

Din punctul nostru de vedere, tratarea sancțiunilor de drept este utilă și întregește construcția sistemului privat de drept. Chiar dacă sistemul sancționator nu pare a fi esențial pentru domeniul privat, această abordare sancționatorie poate releva specii particulare cu caractere și conformație juridică proprie.

Nulitatea este considerată cea mai proeminentă sancțiune de drept civil în considerarea mai mult a vechimii instituției fiindcă *teoria nulității-sancțiune* este una recentă. Plasarea nulității în domeniul sancțiunilor civile revigorează de fapt acest gen proxim în interiorul dreptului privat și obligă la o ordonare a noțiunilor care pot fi aliniate sub cuprinderea acestui gen.

217. Actul și faptul juridic. Nulitatea clasică este legată în mod indisolubil de actul juridic. Teoria nulității-organism este construită pe somatica actului juridic. Ieșirea din acest domeniu contrazice fundamentul construcției juridice. Nulitatea nu poate subzista în afara raportului juridic particular guvernat de actul juridic generator.

Teoria sancțiunii juridice lasă loc, la prima vedere, pentru o abordare mai largă. Termenul de *sancțiune* nu mai este legat de actul juridic, ci de ideea de protecție a ordinii juridice. Chiar și în această lectură conceptul de nulitate depășește destul de timid sfera actului juridic în construcțiile normative curente. Sancțiunea în sine poate fi aplicabilă la o realitate mai largă, dar dincolo de actul juridic particular încetează reprezentarea nulității clasice. Configurația normală a nulității se oprește la nivelul actului juridic, fără a nega existența altor sancțiuni de drept în afara acestui domeniu, sancțiuni care încetează să mai fie însă reprezentate de nulitate. De exemplu, răspunderea juridică are vocația de a acoperi faptele juridice, ea reprezentând regula în domeniul juridic. Acțiunea ei la faptele juridice *stricto sensu* este doar o ipostază a aplicării, vocația aplicării acoperind și răspunderea juridică contractuală, specială față de cea delictuală.

Nulitatea nu este proiectată să acționeze dincolo de efectele manifestărilor de voință cât timp finalitatea ei privește strict aceste efecte. Faptul juridic, în sens larg, rămâne în afara domeniului nulității. Problema mai spinoasă apare în situația mănunchiurilor de acte juridice, în situația raporturilor juridice născute sub incidența unei instituții juridice, a unui ansamblu de norme care reglementează un obiect comun. Tratarea nulității tinde, conform finalității noțiunii, să se ocupe de efectele fiecărui act juridic, fără țintirea directă a mănunchiului de acte juridice. Efectul asupra întregului se produce prin contaminare ca urmare a acțiunii directe asupra părților componente atinse de nulitate. Efectele sunt deci mediate de fiecare parte componentă, iar efectul global nu este unul prescriptibil dincolo de observarea sumei „algebrice" a efectelor asupra actelor componente. Acest algoritm de acțiune a fost depășit cu ușurință în dreptul comercial, iar dreptul civil, prin încorporarea acestui domeniu, nu putea să scape de contaminare așa cum s-a întâmplat odată cu preluarea multor instituții de drept comercial.

218. Efectele nulității. Efectele declarate ale nulității constau în desființarea actelor juridice încheiate cu neobservarea legii precum și a actelor subsecvente. Exprimarea Codului civil este radicală. Actul lovit de nulitate este considerat a nu fi fost niciodată

încheiat[1]. Aceasta este acțiunea specifică a nulității ca sancțiune juridică. Ceea ce trebuie stabilit este magnitudinea acestor efecte. Adică sunt șterse și toate efectele trecute (*ex tunc*)?, părțile sunt readuse exact în poziția inițială (*restitutio in integrum*)?, actele subsecvente moștenesc viciile și suportă aceeași sancțiune ca și actele originare? Răspunsurile, afirmative, la aceste întrebări sunt considerate ca reprezentând „principiile efectelor nulității". Doctrina a fixat cu claritate aceste principii și a extras și excepțiile, de strică interpretare, de la aceste principii călăuzitoare[2]. Codul civil a preferat tratarea lapidară și neunitară a acestora. Caracterul retroactiv, înlăturarea actelor subsecvente și restituirea integrală a prestațiilor sunt tratate într-un singur articol de Codul civil[3]. Regulile privind restituirea prestațiilor, incidente și în cazul altor sancțiuni juridice, sunt tratate în mod unitar în afara materiei stricte a nulității[4].

Principiile efectelor nulității nu mai sunt sintetizate cu aceeași forță și coeziune de către noul corpus al dreptului privat precum erau deja cristalizate în doctrină. Codul subliniază pentru început forța retroactivă a nulității și desființarea actelor subsecvente, preferând să trateze restituirea prestațiilor alături de alte cazuri de ineficacitate a actului juridic. Formularea legală este una sugestivă, înglobând practic mult disputata sancțiune a inexistenței în perimetrul nulității[5].

Restituirea prestațiilor, repunerea în situația anterioară este un efect al mai multor sancțiuni juridice astfel încât înlăturarea redundanțelor normative, concentrarea reglementării, ar trebui să fie salutată. Totuși, față de așteptarea îndelungată de către instituția nulității a unei reglementări explicite, aceasta merita poate o reglementare încununată și cu principiile recunoscute ale efectelor nulității.

Restituirea prestațiilor poate să aibă mai multe cauze juridice. Legea reține, alături de desființarea actului juridic, bunurile primite fără drept (sau din eroare) sau în temeiul unui act juridic ale cărui obligații au devenit imposibil de executat din cauza unui eveniment de forță majoră, a unui caz fortuit ori a unui alt eveniment asimilat acestora. Desființarea de care vorbește Codul include de fapt toate cauzele de ineficacitate.

Codul civil atenuează inflexibilitatea vechiului principiu *restitutio in integrum*. Este reglementată *restituirea în natură* (care rămâne regula), dar și *restituirea în echivalent*, cu acceptarea efectelor ireversibile ale multor acte juridice[6]. Întinderea obligației de restituire este circumstanțiată și de calitatea de debitor de bună-credință sau de rea-credință. Reglementarea reține și dă valoare în stabilirea întinderii obligațiilor de restituire vinovăției debitorului în desființarea actului (art. 1645 C.civ.). În acest mod capătă o greutate specifică mărită vinovăția părții pentru toate cauzele de desființare a contractului (nu numai pentru rezoluțiune, de exemplu). Această abordare derivă din

---

[1] Art. 1254 C.civ.

[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 207-208.

[3] Art. 1254 C.civ. Contractul lovit de nulitate absolută sau anulat este considerat a nu fi fost niciodată încheiat. Desființarea contractului atrage, în condițiile legii, și desființarea actelor subsecvente încheiate în baza lui. În cazul în care contractul este desființat, fiecare parte trebuie să restituie celeilalte, în natura sau prin echivalent, prestațiile primite.

[4] Art. 1639-1647 C.civ.

[5] Art. 1254 C.civ. Contractul lovit de nulitate este considerat a nu fi fost niciodată încheiat.

[6] Art. 1630 și 1639 C.civ.

tratarea comună a unor sancțiuni cu fundamente juridice diferite și este tipică pentru desființarea contractului datorită conduitei culpabile a debitorului.

Tratarea efectelor nulității din prisma reprezentării subiective a cauzelor de nulitate este o noutate pentru această sancțiune. Efectul este foarte vizibil în cazul restituirii prin echivalent, când evaluarea lucrului imposibil de restituit poate cunoaște două momente temporale: data primirii și a pieririi sau, după caz, a înstrăinării (art. 1641 C.civ.). Sancționarea unei conduite culpabile este realizată prin obligarea debitorului (de rea-credință) la restituirea celei mai mari valori dintre cele relevate, pe când lipsa vinovăției (debitor de bună-credință) atrage obligarea la valoarea cea mai mică dintre cele pe care bunul le-a avut la momentele arătate.

Codul soluționează și dreptul la *contravaloarea folosinței* obiectului contractului desființat, situația cheltuielilor privitoare la bun și la restituirea sa, regimul legal al fructelor produse (art. 1644-1646 C.civ.). Toate aceste efecte ale nulității relevă caracterul energic al nulității ca sancțiune juridică și efortul ferm de restabilire a ordinii juridice prin înlăturarea totală a „memoriei" actului neconform cu legea. Simpla negare a actului nu este suficientă. Trebuie înlăturate sistematic toate manifestările concrete ale actului „ostracizat", trebuie șters cu totul din memoria juridică.

Radierea actului din ordinea juridică trebuie să coboare în mod obligatoriu până la momentul încheierii actului. Deși retroactivitatea este neagreată în domeniul juridic, ca regulă, în domeniul nulității se apelează la ea pentru asigurarea finalității sancțiunii juridice. Acceptarea efectelor trecute în acest domeniu înseamnă cruțarea actului și subminarea eficacității sancțiunii. Acțiunea recunoscută doar de la momentul aplicării sancțiunii aduce atingere chiar forței acestei sancțiuni. Supraviețuirea efectelor trecute ale actului poate salva actul juridic cu totul și îl sustrage acțiunii sancțiunii. Aceasta este logica pentru care *retroactivitatea* ține de imanența nulității.

219. Anularea actelor juridice subsecvente. Aceeași tratare comună a Codului civil (cu celelalte cazuri de desființare a actului) o are și cel de-al treilea principiu clasic al efectelor nulității, respectiv *regimul juridic al actelor subsecvente actului juridic anulat*. Principiul afirmat este acela al extinderii acțiunii în restituire și asupra terților sub-dobânditori (art. 1648 și 1649 C.civ.), cu limitările induse de regimul cărții funciare și regimul prescripției achizitive în privința imobilelor, dar și asupra bunurilor mobile (efectul dobândirii cu bună-credință al bunurilor mobile).

Dacă în privința actelor de înstrăinare (având ca parte un terț) regula este aceea a desființării actului, în privința celorlalte acte (rămânând actele de conservare/administrare) regula este declarată ca fiind aceea a opozabilității actelor față de adevăratul proprietar, cu excepția contractelor cu executare succesivă care se bucură în mod limitat de un asemenea efect (art. 1649 C.civ.).

Actul juridic dăinuie prin efectele sale (drepturile și obligațiile părților). Păstrarea acestor manifestări aduce atingere forței sancțiunii nulității. Repunerea în situația anterioară, prin restituirea prestațiilor, este o consecință firească a acceptării caracterului retroactiv al nulității. „Memoria" actului este ștearsă prin îndepărtarea atentă a tuturor urmelor materiale ale existenței sale. Prestațiile părților își au temeiul în conținutul actului juridic, iar păstrarea acestora rememorează în chip eficient actul însuși. Restituirea integrală a obiectului actului este deci în strânsă legătură cu

retroactivitatea nulității. Cu un efort de sistematizare a materiei, cele două principii ar putea fi înglobate de fapt în unul singur. Acțiunea sancțiunii nulității este mai ușor comprehensibilă prin reținerea separată a celor două principii, prin evidențierea atât a retroactivității, cât și a restituirii integrale. Din punct de vedere istoric, principiul restituirii integrale are o sancționare explicită din perioada pretoriană. În ciuda vechimii sale el s-a păstrat neschimbat în toată evoluția dreptului privat modern.

Determinismul sancțiunii impune ca împrejurările particulare („incidentele") să nu fie de natură să înlăture acțiunea acesteia. Circuitul juridic nu poate să aștepte procesul de constatare și aplicare a sancțiunii juridice (caracterizat prin disponibilitate). Actele juridice au de multe ori o construcție etajată. Obiectul unui raport juridic care și-a epuizat în mod natural toate efectele poate prilejui un alt raport juridic, subsecvent. Practic, actele juridice ulterioare sunt construite pe „fundația" unor acte juridice inițiale. Sancțiunea aplicată acestor acte juridice inițiale lasă fără fundație actele ulterioare, iar efectele sancțiunii se transmit în mod natural către actele juridice ulterioare.

Această construcție, de tip pagodă, a realității juridice, este foarte logică și ușor comprehensibilă. Din păcate ea aproximează destul de greu complexitatea lumii reale. Este ca o fizică mecanicistă pe lângă fizica relativistă modernă. Incertitudinea indusă raporturilor juridice, independent de „meritele" sau viciile proprii unui raport juridic particular este greu acceptabilă în ramuri speciale de drept.

Dreptul privat, construit pe rigurozitatea romană, a preferat ca regulă o soluție drastică – invalidarea tuturor actelor juridice subsecvente actului juridic anulat – însoțită de unele remedii reprezentate de excepții juridice bine individualizate. Actele subsecvente pot fi rareori izolate de contaminarea indusă de actul principal, suferind în mod nediferențiat efectele sancțiunii juridice atrase de actul juridic principal (inițial).

Anularea actelor juridice subsecvente se aliniază și ea caracterului declarat retroactiv al nulității actului juridic. Restituirea prestațiilor devine imposibilă când obiectul actelor juridice a suferit o translatare juridică ulterioară. Singura modalitate de refacere integrală a peisajului juridic anterior actului anulat este restituirea succesivă a prestațiilor: refacerea imaginii inițiale prin străbaterea înapoi, cadru cu cadru, a raporturilor juridice ulterioare intervenite. Anularea actelor juridice subsecvente este și ea o consecință a retroactivității sancțiunii, o modalitate specială de realizare a restituirii integrale în ipostaza juridică a actelor succesive intervenite ulterior actului juridic inițial.

220. Clasificări și nuanțări. Nulitate absolută și nulitate relativă. Efectele sancțiunii nulității se bucură de un regim unitar. Diferențierile care se fac în interiorul noțiunii de nulitate nu atrag efecte juridice diferite. Deși unele soluții ale jurisprudenței tind să atenueze efectele nulității după tipul de sancțiune (absolută sau relativă), o asemenea rezolvare nu are nicio fundamentare juridică. Înlăturarea efectelor actelor juridice încheiate cu încălcarea legii reprezintă finalitatea generală a sancțiunii nulității, indiferent de nuanțările care se fac în interiorul acestei noțiuni.

Nulitatea rămâne o sancțiune de tip „obiectiv", în care reprezentarea subiectivă a subiectelor de drept (vinovăție, poziția psihică față de motivele de nulitate) sau rezultatul conduitei (prejudiciu, legătură de cauzalitate între acțiunea părții și prejudiciu) nu au relevanță în domeniu. Este deci o sancțiune neconectată la teoria

răspunderii juridice, iar împrumutul de elemente din materia acestei răspunderi duce la erori de judecată. Clasificările care privesc nulitatea nu urmăresc efectele sancțiunii, ci *domeniul de aplicare* (temporal, din punctul de vedere al persoanelor și al întinderii acțiunii).

În mod clasic s-a făcut distincția între *nulitatea relativă* și *nulitatea absolută*, cu impact în privința domeniului temporal de aplicare a sancțiunii și al subiectelor de drept. Diferențele sunt fixate normativ în privința *persoanelor care pot invoca* această sancțiune (orice persoană care justifică un interes pentru nulitatea absolută, respectiv persoana al cărei interes este ocrotit de norma legală încălcată pentru nulitatea relativă), în privința *prescripției dreptului la acțiune* (acțiunea în privința nulității absolută fiind declarată imprescriptibilă pe cale de acțiune sau excepție, iar acțiunea în privința nulității relative fiind prescriptibilă în termenul general de prescripție pe cale de acțiune, dar imprescriptibilă pe cale de excepție[1]) și în privința *posibilității confirmării actului* (actul atins de nulitate relativă este supus confirmării în mod expres sau tacit, prin așteptarea împlinirii termenului de prescripție, în timp ce nulitatea absolută nu suportă operațiunea de confirmare[2]).

Diferența de calificare între nulitatea absolută și relativă nu a fost niciodată la fel de clară ca diferențele de regim juridic. Mai mult, demarcația dintre ele a suferit și o deplasare în timp, în funcție de percepția din diferite epoci.

Dacă domeniile nu sunt unanim diferențiate, criteriul de demarcație este totuși larg acceptat: *interesul ocrotit* prin sancțiunea nulității. Dacă interesul poate fi calificat ca unul general, obștesc[3], fixat prin norme imperative, nulitatea însăși este calificată ca fiind absolută. Neconfirmarea acestei ipoteze, aprecierea unui interes particular ocrotit, atrage incidența nulității relative. Ipoteza în care norma juridică califică direct tipul de nulitate scutește de asemenea efort, iar Codul în vigoare s-a preocupat mai mult de această distincție decât Codul civil de la 1864. Încercarea de ordonare a celor două tipuri de nulitate este o operație dificilă. Ținând cont de interesul general acoperit de regulă de ordinea de drept și normele care o susțin pe aceasta, prima impresie este aceea că nulitatea absolută este regula, iar nulitatea relativă este excepția. Adică metodologia de calificare ar trebui să plece de la premisa unei nulități absolute[4] și, numai în măsura în care, în mod indubitabil, interesul decelat este unul particular, putem identifica o nulitate relativă.

Tendința modernă este însă una opusă. Aceea de limitare a câmpului nulității absolute și practic de răsturnare a metodei redate. Dreptul comun este în esență un drept axat pe protecția intereselor persoanelor private, iar regula în privința sancțiunii

---

[1] Art. 1249 C.civ. Doctrina veche (în lipsă de reglementare) ajunsese la o soluție diferită, respectiv cea a prescriptibilității nulității relative pe cale de excepție. A se vedea *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 230; *G. Boroi*, Drept civil. Partea generală. Persoanele, Ed. All Beck, București, 2001, p. 231. Soluția Codului civil coincide cu cea a Codului civil Québec (art. 2882).

[2] Art. 1247 și 1248 C.civ.

[3] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 197; *G. Boroi*, Drept civil. Partea generală. Persoanele, op. cit., p. 240.

[4] Aceasta era concepția doctrinei vechi, de inspirație franceză. A se vedea *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., vol. II, p. 115.

nulității este mai bine reprezentată de o *prezumție de nulitate relativă*[1]. Codul civil fixează o ordonare clară a celor două ipostaze ale sancțiunii, respectiv Codul instituie o prezumție de nulitate relativă[2]. În acest mod, calificarea de sancțiune de drept comun o dobândește nulitatea relativă. Sancțiunea nulității absolute acționează doar în cazul în care reușește să răstoarne prezumția relativă, atunci când rezultă „neîndoielnic" din lege că interesul ocrotit este unul general. În principiu, dubiile de interpretare sunt înlăturate prin instituirea prezumției legale care impune nulitatea relativă dacă ea nu poate fi înlăturată. Sancțiunea comună este cea a nulității relative dacă natura nulității nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din lege. Codul civil aduce și o nouă trăsătură caracteristică pentru cele două nulități prin care se mai realizează o diferențiere: posibilitatea de invocare a sancțiunii din oficiu. Nulitatea absolută devine o sancțiune sustrasă disponibilității părții, o sancțiune care poate acționa din oficiu, la inițiativa instanței de judecată. În acest mod, sancțiunea se obiectivizează, poate fi aplicată și dincolo de regula disponibilității proprie acțiunii civile. Nulitatea relativă își păstrează caracterul subiectiv, subordonarea totală față de dreptul de dispoziție al subiectului raportului juridic.

221. Nulitatea parțială și nulitatea virtuală. Alături de dihotomia nulitate absolută/relativă, care consumă multe din energiile doctrinei, trebuie să reținem și contrapunerile nulitate totală/parțială, nulitate virtuală/expresă. Adoptarea teoriei nulitate-sancțiune în dauna celei nulitate-organism a permis abordarea mai flexibilă a întinderii efectelor nulității. Sancțiunea civilă trebuie să respecte un principiu al adecvării acțiunii, al proporționalității, respectiv actul juridic trebuie salvgardat în măsura în care este posibil, în măsura în care prevederile ce încalcă dispozițiile legale nu sunt esențiale pentru existența actului juridic. Teoria actului-organism acceptă cu greu astfel de amputări, privind actul ca un întreg indestructibil care sfârșește implacabil odată cu relevarea viciilor de care suferă.

Acțiunea *nulității parțiale* urmărește conturul nelegalității sesizate și supune actul juridic unui test de supraviețuire. Dacă actul poate subzista înlăturării clauzelor nelegale și a efectelor acestora, dacă raportul juridic născut este viabil în noile condiții, acesta va continua să subziste. Deși testul pare unul simplu, aplicarea lui trebuie să urmeze reprezentarea avută de părți. În măsura în care cel puțin pentru unul din subiectele de drept partea înlăturată a conținutului actului juridic avea un caracter esențial, actul juridic nu poate supraviețui. Raportarea la reprezentarea părții trebuie totuși obiectivizată, din perspectiva unui observator abstract, fiindcă simpla afirmare, *post factum*, de către parte a caracterului esențial al prevederilor atinse de nulitate nu poate fi suficientă pentru aplicarea nediferențiată a sancțiunii nulității.

Tendința modernă de salvgardare a actului juridic lărgește în prezent din ce în ce mai mult aplicarea nulităților parțiale. Așa cum a fost subliniat, efectele în sine ale

---

[1] A se vedea *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 200. Autorul pledează pentru extinderea nulității relative, propunând, de exemplu, ca încălcarea regimului capacității juridice, precum și lipsa totală a consimțământului să fie translatate în domeniul nulității relative. Opiniile sale au avut rezonanță în deciziile redactorilor noului cod.

[2] Art. 1252 C.civ.

nulității nu suferă transformări majore odată cu această calificare a nulității. Partea din actul juridic care suferă de nelegalitate va suferi aceeași îndepărtare totală.

Contrapunerea nulitate expresă/virtuală ține de fixarea acestei sancțiuni în chiar corpul normei juridice imperative. Izvoarele normative diverse conțin în mod tot mai frecvent referirea expresă la sancțiunea nulității. O astfel de tehnică normativă ușurează munca interpretului, dar nu influențează regimul general al nulității. Lipsa sancțiunii nulității dintr-o normă juridică nu exonerează actul încheiat cu încălcarea acestei norme de sancțiunea nulității. Efectele sancțiunii nulității nu sunt influențate de această diferență normativă.

În privința tipului de nulitate incidentă putem decela și instituția juridică care își reclamă norma imperativă încălcată. În general validitatea actelor juridice este raportată la condițiile generale de existență ale contractelor[1], incluzând aici condițiile de fond (capacitatea, consimțământul, obiectul și cauza) și condițiile de formă (condițiile *ad validitatem* în privința formei de încheiere a actului juridic). Aceste condiții generale nu acoperă însă tot corpusul normativ care are vocația de a atrage sancțiunea nulității actului juridic. În cadrul condițiilor de fond trebuie incluse și toate normele imperative care reglementează conținutul particular al raportului juridic ce își are izvorul în actul juridic. Normele, în general, care reglementează raporturile juridice particulare veghează asupra actului juridic și impun conformitatea cu ordinea juridică trasată de ele. A limita motivele de nulitate la scrutarea condițiilor generale de existență ale actelor juridice înseamnă a nega o parte semnificativă a ordinii juridice, a neglija forța obligatorie a normelor speciale proprii domeniului de acțiune al actului juridic particular.

Premisa nulității rămâne existența unei norme juridice imperative active în momentul încheierii actului juridic, normă juridică ignorată de părți. Dincolo de această premisă nu poate exista sancțiunea juridică a nulității. De multe ori sunt invocate nu norme juridice, ci prevederi contractuale ante-existente între părți. Folosirea termenului de nulitate este improprie în aceste cazuri. Sancțiunea nulității rămâne legată de protejarea unei ordini juridice imperative, nu de dispoziții particulare convenite de părți.

Un exemplu atipic este reprezentat de o nulitate specială din materia comercială, de nulitatea hotărârilor adunărilor generale care sunt contrare legii sau actului constitutiv[2]. Textul induce ideea că nulitatea acționează și în cazul încălcării unei prevederi contractuale, fără încărcătură normativă, actul constitutiv al societății. În realitate, izvorul nulității este reprezentat tot de norma legală care trimite la actul constitutiv, nu exclusiv de acest act juridic.

222. Nulitatea societară[3]. Alături de normele generale, Codul civil reglementează sancțiunea nulității în interiorul ramurilor speciale de drept. În mod tradițional, în domenii pe care se focalizează atenția legiuitorului, importanța normelor substanțiale

---

[1] Art. 1179 C.civ. (art. 948 C.civ. din 1864), art. 1385 C.civ. Québec.

[2] Art. 132 LS.

[3] *C. Gheorghe*, Nulitatea contractului de societate și nulitatea persoanei juridice în noul Cod civil, în Dreptul nr. 6/2010.

este subliniată şi prin indicarea explicită a sancţiunii nulităţii[1]. Materia nulităţii societare (atât nulitatea contractului de societate, cât şi nulitatea persoanei juridice) are o conformaţie vizibil diferită de regimul legal general al nulităţii.

Tipul de nulitate societară încorporat în Codul civil are o ascendenţă europeană şi comercială. Nu este greu de observat faptul că şablonul acestei sancţiuni copie nulitatea societăţii cu personalitate juridică aşa cum este ea deja reglementată în Legea societăţilor.

Ceea ce la un moment dat părea o sancţiune atipică, o nulitate comercială *sui generis*, a fost translatat în dreptul comun în aceleaşi coordonate juridice. Dreptul privat în general pare a se fi contaminat de o sancţiune juridică care părea particulară şi închisă în interiorul dreptului societar.

Prin modul de reglementare ales de Codul civil o mare parte din legislaţia comercială, societară în special, devine redundantă. Codul civil, preluând o mare parte din încărcătura normativă a contractului de societate şi a persoanei juridice, face ca Legea societăţilor să poată fi uşurată de o mare greutate normativă.

În mod clasic, dreptul comercial (societar) reclama o reglementare desuetă pentru contractul de la care pleca construcţia societăţii cu personalitate juridică: contractul de societate. Construcţia civilă (din Codul civil de la 1864, abrogat) rememora moştenirea romană care studia practic formele antice de societate: *societas omnium bonorom*[2] şi *societas unius rei*[3]. Şi reglementarea persoanei juridice (având ca izvor juridic Decretul nr. 31/2952, abrogat) era reclamată ca anacronică, fundamentată pe o ordine juridică abandonată prin înlocuirea regimului politic socialist. În prezent, Codul civil reglementează în mod complet persoana juridică pentru uzul dreptului comun. Această reglementare înglobează şi instituţia modernă a nulităţii societăţii, translatând-o, *mutatis mutandis*, în domeniul general al persoanei juridice, indiferent de calitatea subiectului de drept civil (profesionist sau neprofesionist). Această înglobare aduce în dreptul comun o sancţiune originală, o nulitate *sui generis*, dacă nu o sancţiune distinctă de nulitatea clasică.

223. Nulitatea contractului de societate. Societatea simplă. Sancţiunea nulităţii contractului de societate din reglementarea Codului civil trebuia să urmărească noutăţile din materia nulităţii societare şi a persoanei juridice. Vocaţia de a sta la baza unei persoane juridice impune sincronizarea reglementărilor. Aşa cum se întâmplă şi în dreptul societar, nu poate fi concepută o nulitate a contractului care stă baza persoanei juridice în afara nulităţii persoanei juridice înseşi (cu discuţia necesară despre nulităţile parţiale care se sustrag unei asemenea sincronizări).

Noutatea reglementării Codului civil în materie societară constă în *sancţionarea nulităţilor exprese*. Prin declaraţia legiuitorului, în acest domeniu nulităţile virtuale nu

---

[1] Cu titlu de exemplu, art. 66, 144, 147, 172, 196, 197, 206, 207, 215, 216 şi 293 C.civ. etc. Este vizibilă dorinţa legiuitorului de a identifica de fiecare dată tipul de nulitate: relativă sau absolută, pentru clarificarea regimului juridic.

[2] Societatea tuturor bunurilor prezente şi viitoare (lat.).

[3] Societatea în care se pune în comun un singur lucru (lat.). Romanii mai cunoşteau şi societatea în care se puneau în comun veniturile (*societas quaestus*), considerată tipul comun de societate şi societatea cu un singur fel de afaceri (*societas alicuius negations*).

acționează. Nulitatea societății va fi incidentă exclusiv ca urmare a încălcării dispozițiilor speciale aplicabile care sunt prevăzute sub sancțiunea nulității (art. 1932 C.civ.). Cu titlu de excepție, singurele nulități exterioare materiei acceptate sunt reprezentate de cele rezultate din încălcarea condițiilor generale de validitate a contractelor, dacă legea specială nu prevede altfel. Sancțiunea nulității este completată cu o altă sancțiune specială cu rol de remediu, sancțiunea inexistenței. Codul civil declară că prevederile contractului de societate contrare dispozițiilor imperative din materia societății simple vor fi considerate nescrise, dacă legea nu prevede sancțiunea expresă a nulității [art. 1932 alin. (2) C.civ.].

În sensul acestei reglementări trebuie să căutam nulitățile exprese din materia contractului de societate (în varianta comună a societății simple) pentru a delimita acțiunea sancțiunii nulității de cea a inexistenței în această materie. O scrutare a Codului în această cheie relevă normele care atrag nulitățile exprese. Strict în privința contractului de societate avem un singur izvor juridic relevant care reglementează condițiile de formă și conținutul minim al contractului: contractul prin care se înființează o societate cu personalitate juridică trebuie încheiat în formă scrisă și trebuie să prevadă asociații, aporturile, forma juridică, obiectul, denumirea și sediul societății [art. 1884 alin. (2) C.civ.]. Restul de nulități privesc acte juridice care exced cadrul constitutiv, privind actele juridice încheiate în privința funcționării societății: emiterea de instrumente financiare (art. 1293 C.civ.) și constituirea de garanții (art. 1908 C.civ.). Chiar și nulitatea expresă indicată este limitată la domeniul special al persoanelor juridice, care oricum au o reglementare specială, nu la cadrul general al societății simple care, ca regulă, nu cunoaște personalitatea juridică. Concluzie logică a reglementării este aceea că în materia contractului de societate singurele cazuri de nulitate posibile sunt cele atrase de condițiile generale de valabilitate a contractelor. Pentru celelalte situații, sancțiunea aplicabilă, de altfel mult mai eficientă, este sancțiunea inexistenței, nu a nulității.

Și efectele nulității au o conformație deformată, urmărind modelul nulității comerciale a societății cu personalitate juridică, respectiv, indiferent de tipul de nulitate, contractul poate fi salvat pe calea înlăturării viciilor constatate, acțiune posibilă până la faza judiciară a concluziilor în fața instanței de fond. Judecătorul cauzei este obligat să stăruie în această privință, întâietatea dată „regularizării" societății fiind puternic subliniată de legiuitor.

Și celelalte efecte clasice ale nulității trebuie uitate: nulitatea nu acționează retroactiv (societatea încetează de la data hotărârii prin care a fost constatată nulitatea) urmarea sancțiunii legale fiind aceea a lichidării patrimoniului social (art. 1935 C.civ.). Nici terții (de bună-credință) nu suportă vreun risc prin declararea nulității, lucru evident față de lipsa caracterului retroactiv. Raporturile juridice anterioare își produc depline efecte juridice.

Din această reglementare a contractului de societate reținem practic limitarea cazurilor de nulitate la cele rezultate din condițiile de valabilitate a contractului în sine.

Chiar dacă excepțiile de la nulitatea clasică sunt covârșitoare, în cazul nulității contractului de societate reținem măcar premisa proprie acestei sancțiuni juridice: un act juridic încheiat cu nesocotirea unor norme juridice imperative. Dincolo de

întinderea excepțiilor, această sancțiune poate sta sub auspiciile sancțiunii nulității, așa cum a fost observată ea până acum.

224. Nulitatea persoanei juridice. Dincolo de nulitatea contractului care stă la baza persoanei juridice, Codul civil reglementează și sancțiunile specifice pentru persoana juridică în sine.

Sancțiunea unei „nulități" a persoanei juridice este reglementată separat de actul constitutiv de la baza acestei instituții juridice, după modelul reglementării din domeniul societăților cu personalitate juridică (art. 196 C.civ.). Deși reglementarea pare una justificată, ea ascunde în fapt o noutate juridică absolută pentru dreptul privat. Premisa indiscutabilă a sancțiunii clasice a nulității este reprezentată de actul juridic față de încheierea căruia este verificată respectarea dispozițiilor legale incidente. Deși perimetrul actului juridic nu este subliniat în definirea nulității, este, indiscutabil, singurul sistem de referință pentru sancțiunea nulității.

În cazul de față nulitatea nu mai este aplicată actului juridic, ci unui nivel superior, cel al unei instituții juridice. Persoana juridică este un *corpus*, o realitate care, proiectată în planul actelor juridice, permite observarea unui mănunchi de acte de natură diferită: actul constitutiv (contractul de societate), actul administrativ de autorizare a înființării sau de autorizare a începerii activității (unde este cazul), actul jurisdicțional reprezentat de încheierea de înmatriculare etc. Persoana juridică în sine transcende oricare din aceste acte juridice pentru a reprezenta o realitate nouă, cu trăsături juridice distincte. Aplicarea unei sancțiuni direct acestei realități – și nu unuia sau tuturor actelor juridice implicate de persoana juridică – ignoră de fapt manifestările de voință particulare care au concurat la înființarea și funcționarea legală a persoanei juridice.

Aceste caracteristici fac din sancțiunea nulității persoanei juridice o sancțiune aparte, nu o specie particulară de nulitate, ci o specie de sancțiune juridică nouă. Avem de ales între a vorbi de o sancțiune nouă sau de a construi o nulitate *sui generis*, înrudită mai mult lingvistic cu sancțiunea clasică a nulității.

Această nulitate desprinsă de actul juridic are un aparență holistică, refuză aplicarea la părțile componente, actele juridice care justifică existența legală a societății comerciale și vizează strict întregul-societate, într-o manieră ireductibilă la părțile componente.

Excederea premisei actului juridic privit individual face din această sancțiune a nulității persoanei juridice o sancțiune particulară, cu o premisă separată, condiții și efecte proprii. Singura apropriere de nulitate ține de finalitatea ocrotirii ordinii juridice, dar această caracteristică aparține genului sancțiunii juridice, nu speciei de sancțiune reprezentată de nulitate.

Toată această construcție a sancțiunii nulității persoanei juridice își are sursa imediată de inspirație în nulitatea societății cu personalitate juridică care urmează, ca sursă mediată, legislația comercială (derivată) europeană.

Dacă domeniul comercial putea masca ușor o asemenea nulitate sub înfățișarea unei nulități comerciale, speciale, dreptul comun trebuie să se concentreze pe etichetarea unei asemenea sancțiuni devenită ușor vizibilă prin incidența ei în cazul oricărei persoane juridice.

Propunerea noastră este aceea de contabilizare a nulității persoanei juridice în cadrul genului superior de sancțiune civilă, alături, nu în interiorul noțiunii clasice de

nulitate. Caracterul holist relevat nu permite înregimentarea acestei sancțiuni în același gen unic de nulitate.

Acceptarea unei asemenea „avansări" a nulității persoanei de drept în rândul speciilor de sancțiuni civile salvează și efortul de contabilizare a excepțiilor de la efectele nulității de drept comun (excepții care ar însoți fiecare principiu clasic al efectelor nulității).

Tratând nulitatea în cauză ca o sancțiune distinctă putem releva direct efectele sale, fără raportare (decât pentru comparație eventual) la instituția clasică a nulității.

225. Cauzele nulității persoanei juridice. Efectele sancțiunii nulității persoanei juridice sunt unele particulare și complet reglementate în izvorul normativ.

Cauzele de nulitate a persoanei juridice sunt unele limitativ prevăzute de lege, declarație a legii care exclude aplicarea sancțiunii clasice a nulității în mod individual, actelor juridice care stau la baza societății, cu consecința unor adăugări de motive de sancționare a persoanei juridice însăși[1]. Lecturarea cauzelor de nulitate relevă faptul că acestea au fost translatate, *mutatis mutandis*, din legislația specială societară[2].

Singura modificare este reprezentată de o corecție necesară semnalată deja în doctrina comercială. Relația de subsidiaritate între nulitatea actului constitutiv și nulitatea persoanei juridice este una ușor detectabilă și indiscutabilă, respectiv nu poate fi concepută o nulitate a actului constitutiv separat de nulitatea persoanei juridice. O ipoteză contrară ar nega tocmai caracterul limitativ al cauzelor de nulitate a persoanei juridice sau ar conduce la o ipoteză inacceptabilă logic: persoana juridică continuă să subziste, dar fără actul său constitutiv care este atins de nulitate. Legislația comercială nu include între cauzele de nulitate a societății cu personalitate juridică tocmai condițiile de valabilitate care privesc actul constitutiv. În interiorul acestei construcții societare existența unor vicii care privesc consimțământul asociaților (chiar lipsa lui totală) nu atrage nulitatea societății față de caracterul limitativ al acestor condiții (între care condiția consimțământului lipsește!).

Ultimul caz de nulitate a persoanei juridice – nesocotirea altor dispoziții legale imperative prevăzute sub sancțiunea nulității actului de înființare a persoanei juridice – este un adaos bine venit care acoperă această slăbiciune neplăcută a reglementării societare.

O privire mai atentă relevă însă faptul că sunt invocate încălcări ale unor norme imperative în general, nu numai relativ la condițiile de valabilitate. În situația unei

---

[1] Art. 196 alin. (1) C.civ. Sancțiunea intervine când: lipsește actul de înființare sau nu a fost încheiat în formă autentică în situațiile anume prevăzute de lege; toți fondatorii sau asociații au fost, potrivit legii, incapabili, la data înființării persoanei juridice; obiectul de activitate este ilicit, contrar ordinii publice ori bunelor moravuri; lipsește autorizația administrativă necesară pentru înființarea acesteia; actul de înființare nu prevede denumirea, sediul sau obiectul de activitate; actul de înființare nu prevede aporturile fondatorilor sau ale asociaților ori capitalul social subscris și vărsat; s-au încălcat dispozițiile legale privind patrimoniul inițial sau capitalul social minim, subscris și vărsat; nu s-a respectat numărul minim de fondatori sau asociați prevăzut de lege; au fost nesocotite alte dispoziții legale imperative prevăzute sub sancțiunea nulității actului de înființare a persoanei juridice.

[2] Art. 56 LS, ou modificările ulterioare.

persoane juridice care are ca act de înființare un contract de societate limitarea este realizată prin chiar materia specială a nulității contractului de societate (simplă), cu observarea nulităților exprese instituite în această materie.

În cazul general, al referirii la „actul de înființare" al persoanei juridice trebuie să admitem o lectură restrictivă a textului legal, respectiv trebuie să admitem din nou o acceptare doar a nulităților exprese. Textul legal vorbește de „dispoziții legale imperative prevăzute sub sancțiunea nulității actului de înființare a persoanei juridice". O astfel de normă trebuie să elimine nulitățile virtuale, dispozițiile legale care nu au sancțiunea expresă prevăzută în structura normei. Finalitatea, declarat restrictivă, a normei privind nulitatea persoanei juridice ar fi compromisă prin acceptarea oricărei nulități a actului de înființare care să genereze nulitatea persoanei juridice.

226. Efectele nulității persoanei juridice. Efectele în sine ale sancțiunii nulității persoanei juridice sunt unele diferite și limitate, prin comparație cu nulitatea de drept comun. Acțiunea sancțiunii constă în faptul că, de la data la care hotărârea judecătorească de constatare sau declarare a nulității a devenit definitivă, persoana juridică încetează fără efect retroactiv (urmând procedura de lichidare). Lipsa oricărui efect retroactiv exclude ideea de restituire, de repunere în situația anterioară, după cum exclude și afectarea raporturilor juridice născute între persoana juridică și terți[1]. Incidența acestei sancțiuni nu aduce atingere actelor încheiate deja în numele persoanei juridice, terții de bună-credință profitând în continuare de efectele acestor acte.

Tipic pentru această sancțiune este caracterul remediabil. Indiferent de caracterul absolut sau relativ al sancțiunii, cauzele de nulitate pot fi înlăturate până la momentul închiderii dezbaterilor în fața primei instanțe de judecată (art. 197 C.civ.).

Revenind la instituția ante-existentă a nulității societății cu personalitate juridică trebuie să remarcăm că normele preluate în dreptul comun mai înlătură o situație supărătoare din prima reglementare, respectiv dreptul societar cunoaște o sancțiune tratată în mod unitar: nulitatea societății cu personalitate juridică, reglementare care induce ideea unei nulități absolute, imprescriptibile. Din perspectiva circuitului juridic o asemenea situație este greu suportabilă. Spectrul nulității rămâne incident în privința societății pe toată perioada sa de existență. Reglementarea Codului civil diferențiază între nulitatea absolută și cea relativă a persoanei juridice, cu declararea prescriptibilității ultimei într-un termen mai scurt, de un an, sub amenințarea sancțiunii absolute a persoanei juridice rămânând doar motivele indicate normativ[2]. Chiar dacă majoritatea motivelor rămân sub spectrul nulității absolute, restrângerea operată este bin-venită.

---

[1] Art. 198-199 C.civ.

[2] Art. 196 alin. (2) C.civ. Cauzele nulității absolute sunt: lipsește actul de înființare sau nu a fost încheiat în forma autentică în situațiile anume prevăzute de lege; obiectul de activitate este ilicit, contrar ordinii publice ori bunelor moravuri; lipsește autorizația administrativă necesară pentru înființarea acesteia; actul de înființare nu prevede denumirea, sediul sau obiectul de activitate; actul de înființare nu prevede aporturile fondatorilor sau ale asociaților ori capitalul social subscris și vărsat; s-au încălcat dispozițiile legale privind patrimoniul inițial sau capitalul social minim, subscris și vărsat.

227. Tratarea europeană a nulității societății (comerciale). Dreptul european[1] nu are pretenția de a reglementa instituțiile juridice fundamentale într-un mod unitar. Referința la nulitate, împrumutată cu promptitudine de legiuitorul național (în legislația societară, dar și în Codul civil), privește cadrul strict al societăților cu personalitate juridică așa cum sunt individualizate în fiecare sistem normativ național. Corpusul european al directivelor societăților (comerciale) are deja o vechime considerabilă, fiind privit în general ca un succes al reglementărilor „secundare" (derivate) și un model de armonizare sectorială a legislațiilor naționale[2]. Scopul declarat al acestei opere normative europene constă în coordonarea garanțiilor cerute de statele membre societăților (comerciale) pentru protecția intereselor terților, pentru realizarea unui nivel echivalent de protecție în cadrul Uniunii[3].

În acest context declarat și cu finalitatea clară indicată, legiuitorul secundar european a reglementat nulitatea societății comerciale[4]. De altfel, preambulul directivei[5] privind societățile (comerciale) specifică țintele fixate în domeniu: limitarea cauzelor de ne-validitate a obligațiilor asumate de societățile (comerciale) în scopul protecției terților și limitarea cazurilor de nulitate și a efectului retroactiv al declarației de nulitate pentru a asigura certitudinea juridică în raporturile dintre societate și terți[6].

Nulitatea astfel reglementată este originalul și modelul de inspirație pentru principiile declarate în privința nulității persoanei juridice de drept intern. Astfel, cauzele de nulitate ale societății (declarată obligatoriu în mod judiciar) sunt stricte și limitative, fără posibilitatea de extindere[7]. Ele sunt redate întocmai de legislația internă

---

[1] Urmând direcția indicată de Tratatul de Reformă (Tratatul de la Lisabona, 2007, în vigoare din 1.12.2009) tratatele de bază au devenit Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul de funcționare a Uniunii Europene. Cele mai importante modificări „orizontale" impuse de noul text se referă la renunțarea la sintagma „Comunitatea Economică" și la adjectivul „comunitar", înlocuite cu sintagma „al Uniunii Europene" și „european". În acest context referirea la legislația „comunitară" trebuie înlocuită și ea cu aceea nouă, de europeană. A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit., p. 44.

[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit., p. 66-72.

[3] Temeiul exact pentru o asemenea finalitate era reprezentat de Tratatul de la Roma, art. 54 inițial, devenit art. 44 alin. (2) lit. g) după recodificarea prin Tratatul de la Nisa. În prezent, prin aplicarea Tratatului de Reformă tratatul în sine a devenit Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, norma indicată aflându-se la art. 50.

[4] Referirea la societate comercială în contextul european nu contrazice formularea nouă, internă, de societate cu personalitate juridică. Dreptul european folosește formularea de *company*, iar traducerea oficială a directivelor (fiindcă limba română este o limbă oficială a Uniunii) folosește sintagmele de *comercială* și *societate comercială*.

[5] Prima Directivă de drept societar (68/151/CEE din 9 martie 1968) (JOCE L 65 din 14 martie 1968, p. 8) a reglementat nulitatea societății comerciale. Modificările ulterioare au fost recodificate, iar reglementarea a fost înlocuită cu o directiva nouă, Directiva 2009/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009 [JOUE L 258 din 1 octombrie 2009, p. 11 (RO)]. Normele privind nulitatea societății au fost translatate integral în noua reglementare.

[6] Directiva 2009/101/CE, Preambul, pct. 9 și 10.

[7] Art. 12 din Directiva 2009/101/CE. Cauzele de nulitate privesc exclusiv: absența actului constitutiv sau nerespectarea formalităților de control preventiv sau a formei autentice; obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice; actul constitutiv sau statutul nu

privind societățile[1]. Singura diferență provine din existența unor proceduri de control interne (încheierea judecătorului delegat, autorizări administrative) care necesită adăugarea acestor motive în rândul motivelor naționale de nulitate[2].

Dreptul comun propune o fixare mai exactă a acestor motive în dreptul intern, prin adăugarea motivului de nulitate care privește dispozițiile legale imperative prevăzute sub sancțiunea nulității actului de înființare. Acest motiv poate fi o explicitare mai exactă a motivelor ante-existente, de natură să asigure o coordonare logică și juridică a aplicării acestei sancțiuni[3]. Tot atât de bine însă pe calea acestei breșe create în instituția europeană a nulității pot fi introduse motive de nulitate noi ale persoanei juridice. Dacă reglementarea particulară a actului de înființare a persoanei juridice prevede alte motive exprese de nulitate acestea se vor translata prin efectul normei generale în materia nulității persoanei juridice. O astfel de reglementare ar putea intra în conflict cu legislația europeană.

În materia societăților cu personalitate juridică reglementarea europeană este una foarte energică. Astfel, societatea (comercială) nu poate face obiectul vreunei alte cauze de ineficacitate decât cele stabilite limitativ de textul legal[4]. Într-un mod care trebuie interpretat ca exemplificativ textul directivei europene indică cauzele de ineficacitate văzute ca prohibite sub această normă: cauze de inexistență, nulitate absolută, nulitate relativă sau anulabilitate.

Includerea de către actul european a cazurilor de ineficacitate, în general, se subordonează țelului declarat de limitare a cazurilor de nulitate și de restrângere a efectelor retroactive care pot pune în pericol siguranța circuitului juridic.

228. Caracteristicile nulității societare europene. Alături de limitarea incidenței nulității, legiuitorul fixează niște caracteristici atipice pentru această sancțiune în legislațiile naționale. Astfel, nulitatea devine una remediabilă, fără efecte retroactive, și, implicit, fără să aducă atingere drepturilor și obligațiilor născute deja pentru asociați, pentru societate și pentru terți.

Nulitatea are ca efect doar dizolvarea societății (comerciale)[5], fără să invalideze angajamentelor asumate de societate față de terți sau de către aceștia față de societate. Toate aceste raporturi juridice vor fi stinse în condițiile lichidării societății după dizolvare.

---

menționează denumirea societății, aporturile, capitalul total subscris sau obiectul de activitate al societății; nerespectarea dispozițiilor din legislația internă privind cuantumul minim al capitalului vărsat; incapacitatea tuturor asociaților fondatori.

[1] Art. 56 LS, cu modificările ulterioare.

[2] Trimiterea la controlul „administrativ sau judiciar" este realizată și de Directiva în cauză (art. 10).

[3] Art. 196 alin. (1) lit. i) C.civ. Trimiterea este la socotirea altor dispoziții legale imperative „prevăzute sub sancțiunea nulității actului de înființare a persoanei juridice". În măsura în care interpretarea excede condițiile de valabilitate a actului de înființare este depășită indicația actului normativ european.

[4] Art. 12 din Directiva 2009/101/CE. Societatea comercială nu face obiectul vreunei cauze de inexistență, nulitate absolută, nulitate relativă sau anulabilitate, altele decât cauzele de nulitate menționate de directivă.

[5] Art. 13 din Directiva 2009/101/CE.

Reglementarea europeană denotă stilul pragmatic al redactorilor textului. Aceştia nu au în vedere instituția nulității, ci urmăresc strict împiedicarea manifestării retroactivității într-un domeniu considerat ca necesitând stabilitate şi protecție pentru subiectele de drept de bună-credință.

Din punctul de vedere al acestei viziuni pragmatice aplicarea unei sancțiuni la nivelul unui mănunchi de acte juridice, la nivelul instituției societății cu personalitate juridică (comercială) nu prezintă niciun inconvenient conceptual. Dezinteresul pentru calificarea sancțiunii este manifest prin refuzul de a se ancora în termeni juridici cu încărcătură doctrinară bine cântărită (inexistență, nulitate etc.).

Sistemele naționale, preluând însă această sancțiune trebuie să o acomodeze cu sistemele proprii de drept.

229. Concluzii la nulitatea specială a persoanei juridice. Instituția nulității societății cu personalitate juridică (comerciale) a fost translatată cvasi-identic în domeniul dreptului comun, în privința persoanei juridice în general. Detaşându-ne de această inspirație atipică şi scrutând în ansamblul domeniului privat, importul normativ este încă o dovadă a comercializării dreptului privat. Resorturile reglementării comerciale țin de necesitatea protejării terților care contractează cu bună-credință cu societatea cu personalitate juridică (comercială), de necesitatea salvgardării ființei societății de securitatea circuitului economic tipic, alert şi orientat spre oportunități de obținere a profitului.

Dreptul civil în general nu suportă în mare parte aceste resorturi, fiind caracterizat, în mod clasic, de o rigurozitate şi o omogenitate mai ridicată. Probabil reglementarea separată, pentru specii particulare de persoane juridice, a unei asemenea sancțiuni juridice speciale era mai indicată.

Secțiunea a 4-a. Nulitatea în domeniul comercial

Subsecțiunea 1. Introducere

230. Preliminarii[1]. Dreptul comercial şi ramura sa, dreptul societăților, ca ştiințe juridice, dar şi ca ramuri de drept privat evoluează permanent sub impulsul analizelor doctrinare prin depuneri normative care le dau o greutate specifică sporită şi le asigură individualizarea în cadrul dreptului privat chiar în condițiile unei unități indiscutabile a dreptului civil, declarată şi urmărită cu perseverență de Codul civil.

Tendința de publicizare a dreptului societar, ca garanție pentru ordinea juridică comercială şi securitatea raporturilor juridice asumate de terții de bună-credință se manifestă prin supra-reglementare normativă şi redimensionare a instituțiilor juridice tradiționale de drept privat pentru adaptarea la cerințele subramurii de drept particulare. Dreptul societăților[2] are tendința de a rescrie în folosul propriu instituțiile juridice instituite normativ în dreptul civil pentru sublinierea raporturilor juridice pe care vrea să le guverneze imperativ, pentru afirmarea tocmai a caracteristicilor pe

[1] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, în RRDA nr. 1/2008.

[2] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit., p. 53 şi următoarele.

care şi le doreşte impuse în scopul atingerii finalităţii asumate, de ordine juridică comercială. De cele mai multe ori, în ultima perioadă, motorul transformărilor şi impulsul determinant în naşterea normelor juridice nu a fost reprezentat de o necesitate categorică de reglementare, de substanţierea prin corpul normei juridice a unor principii clare decantate şi identificate din practica raporturilor sociale observate în domeniul dreptului comercial. Realităţi obiective externe, precum obligaţii asumate prin Tratatul de aderare la Uniunea Europeană, necesitatea implementării unor texte de legislaţie europeană secundară în perioada post aderare sau alte constrângeri de circumstanţă au fost cele care au impus direcţia îmbogăţirii zestrei normative în domeniul comercial.

Acest mod de evoluţie, acceptat ca inexorabil faţă de necesitatea integrării şi coexistării în piaţa internă europeană, a modificat modul de percepţie a manifestărilor din câmpul ramurii de drept comercial. O modificare normativă normală ţine de o patologie a raporturilor sociale reglementate: sunt detectate dereglările, anormalităţile, „bolile" din raporturile sociale specifice ramurii şi este administrat remediul, „medicamentul" reprezentat de edictarea unei norme juridice sau modificarea celei existente. Observarea efectului intervenţiei normative permite aprecierea eficienţei operaţiei normative.

Transformările normative masive impuse dincolo de această patologie clasică schimbă în mod drastic modul de cercetare juridică. Operarea unor schimbări normative masive sub impuls extern obligă la o reconsiderare atentă a sistemul normativ final, la analiza fiziologiei modificate a subiectului rezultat. Modul de supravieţuire a instituţiilor normative iniţiale, schimbările de substanţă apărute şi eventual o nouă conceptualizare a lor poate fi posibilă odată cu observarea manifestărilor sistemului normativ final.

231. Abordarea nulităţii comerciale faţă de nulitatea de drept comun[1]. Una dintre instituţiile juridice cel mai vădit modificate şi redimensionate în câmpul comercial este instituţia nulităţii. La nivel de principii se afirmă din ce în ce mai tranşant faptul că nulităţile comerciale sunt nulităţi speciale cu efecte mult diferite faţă de instituţia civilă a nulităţii. De fapt, într-o anumită viziune ce-şi revendică o orientare modernă şi îmbibată de spirit comercial, principiile de bază ale efectelor nulităţii clasice, retroactivitatea şi repunerea în situaţia anterioară, sunt înlăturate în numele asigurării securităţii circuitului comercial, mult mai dinamic şi neîngrădit de restricţii decât circuitul civil.

Nulităţile comerciale sunt privite în mod constant ca fiind în esenţă parţiale şi remediabile[2]. Chiar dacă viziunea aceasta provine tot din dreptul civil[3], în domeniul

---

[1] *C. Gheorghe*, Nulităţi comerciale speciale, în RRDA nr. 6/2008.

[2] C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 3808/2003, dosarul nr. 3346/2001: „(...) în concepţia Legii nr. 31/1990 nulitatea este în principiu parţială şi remediabilă. Ea nu poate fi declarată în cazul în care cauza ei, invocată în cererea în anulare, a fost înlăturată înainte de a pune concluzii în fond, la tribunal, iar declararea nulităţii unei societăţi produce efecte numai pentru viitor, ea neavând efecte retroactive".

[3] Nulitatea civilă, înainte de fixarea ei normativă prezentă, era abordată în dreptul civil din două unghiuri diferite, dezvoltate anterior: concepţia actului-organism, cu accent pe caracterul

comercial ea şi-a găsit inclusiv consacrare normativă[1]. Dacă până aici noutatea abordării poate fi negată față de curentele vechi din dreptul privat în această direcție, perspectiva asupra efectelor nulității, văzută ca derivând din această abordare nouă, trebuie luată atent în considerare.

Atenuarea efectelor clasice ale nulității este afirmată constant în contextul protecției raporturilor juridice comerciale. Înlăturarea cvasi-totală a principiilor efectelor nulității în raporturile juridice privind societatea trasează o nulitate nouă, specială într-o prima scrutare, care mai păstrează din instituția originală doar premisele şi câmpul de acțiune. O asemenea viziune trebuie analizată pornind de la fundamentele normative comerciale pe care a încolțit.

Subsecțiunea a 2-a. Abordarea holistă

232. Viziunea holistă a nulității comerciale. Generalizarea şi proclamarea unui noi nulități, comerciale, este greu de susținut în contextul reglementării civile unitare prezente. Pentru început ni se pare mai prudent a porni de la reglementarea concretă, prezentă, pentru a concluziona dacă poate fi susținută o poziție așa de radicală.

Obiectivitatea în analiza textelor legale sugerează pentru început co-existența unor nulități speciale alături nulitatea contractuală, devenită nulitate de drept comun.

Chiar dacă distincția poate fi apreciată ca lipsită de consacrare nu putem să nu observăm faptul că nulitățile dreptului societar sunt diferite după cum obiectul la care se aplică este reprezentat de acte juridice, în sensul clasic, sau de operațiuni şi realități privite în mod sistemic, organic, „instituțional", din perspectiva unor raporturi juridice reglementate de un ansamblu coerent de norme juridice.

Dacă în sens profan obiectul nulității este recunoscut în mod curent în realități complexe (se vorbeşte de nulitate raportat la orice operațiune cotidiană), strict juridic nulitatea din dreptul român clasic nu are teoretizată o abordare „holistă", o aplicare a sancțiunii la realități care esențial diferă de suma strictă a actelor juridice vizate. Instituția nulității îşi găseşte locul în dreptul civil în materia izvoarelor obligațiilor, a contractului ca act juridic reprezentativ, ca o sancțiune în acest domeniu. Invocarea nulității atrage în mod imperativ reprezentarea actului juridic căruia îi trebuie aplicată. O eventuală pluralitate de acte juridice nu schimbă cu nimic obiectul nulității care rămâne să fie verificat în privința fiecărui act juridic individual. Principiile efectelor nulității adaugă reguli de soluționare a nulității în funcție de interconexiunea între acte, dar nu se ridică la un nivel general care să înglobeze în mod nediferențiat o sumă de acte juridice. Soarta fiecărui act juridic se bucură de o analiză şi de aplicarea proprie a sancțiunii nulității. Aplicarea nulității la o realitate care transcende planul actelor juridice individuale, mai mult, situarea la un nivel la care actele juridice individuale nu se mai „disting" în mod necesar şi rămân neafectate de

---

iremediabil al sancțiunii şi concepția proporționalității efectelor cu susținerea salvgardării actului sau părții din act neatinsă de încălcarea normelor legale. A se vedea *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 193.

[1] Art. 57 LS, republicată, în materia nulității societății şi art. 251 alin. (4), în materia nulității operațiunilor de divizare şi fuziune.

aplicarea unei nulități de plan superior, toate acestea se îndepărtează în mod clar de o instituție clasică a nulității.

Putem numi *holistă* o asemenea abordare în măsura în care există un plan superior de acțiune, cu consistență proprie care să ne mențină la un nivel general, fără apelul la părțile componente detectabile în realitatea fiecărui act juridic în parte. Nu negăm evidența fiecărui act juridic individual, singura realitate juridică comună recunoscută, ci încercăm să detectăm un nivel superior de la care transparența până la actul individual, fără o aprofundare căutată a realității juridice, dispare.

233. Specii de nulitate holistă. Pentru revenire în concret, în privința unei nulități holiste ne referim la noțiunile comerciale de „nulitate a societății", de „nulitatea divizării", „nulitatea fuziunii"[1] etc. Odată cu contaminarea dreptului civil cu spiritul comercial preluat după abrogarea Codului comercial în această categorie intră și instituția nulității persoanei juridice care are o ascendență comercială. Toate aceste nulități de tip „organic" – ne referim la obiectul nulității, nu la teoriile privind actul-organism formulate pentru susținerea nulității ca o boală care se induce în totalitate actului, implacabilă și iremediabilă – se aplică la o realitate diferită de aceea a unui actul juridic strict individualizat. Nulitatea societății este privită pentru început distinct de nulitatea actului constitutiv (așa cum și nulitatea divizării din materia societară specială este abordată diferit față de nulitatea proiectului de divizare, nulitatea hotărârii adunării generale a acționarilor de divizare sau ambele la un loc). Cele două planuri trebuie acomodate în final fiindcă este imposibilă, în mod logic, supraviețuirea societății în condițiile nulității actului său constitutiv, de exemplu.

Nulitățile de tip organic sunt „importate" în legislația română din legislația europeană. Nulitatea societății este o transpunere exactă, în modul arătat deja, a normelor din Prima Directivă a Consiliului[2] privind societățile comerciale, iar nulitățile fuziunii și divizării sunt importate în totalitate din Directivele a III-a[3] și a VI-a ale Consiliului[4]. Și în privința acestor norme legiuitorul nostru a făcut exces de zel. Din dorința de a puncta cerințe normative de aderare europeană și ulterior de conformare în privința armonizării cu legislația europeană secundară, legiuitorul a procedat la o transpunere literală a directivelor, deși obligația care incumbă statelor membre în privința implementării acestor directive este una de rezultat, de aplicare cu mijloace și modalități proprii sistemului național de drept. Transplantul realizat cu aceste

---

[1] Art. 1890 și urm. C.civ. privind societatea simplă și Legea nr. 31/1990 – Legea societăților. Tratarea societății simple în subramura comercială este dictată de unitatea materiei.

[2] Art. 11 din prima Directivă 68/151/CEE a Consiliului CEE privind dreptul societăților comerciale (JOCE L 65 din 14 martie 1968, p. 8) (modificată prin Directiva 2003/58/CEE, ca și prin actele ulterioare de aderare la Uniune). Așa cum a fost relevat deja în privința nulității persoanei juridice din noul Cod acest izvor juridic a fost consolidat cu modificările ulterioare și recodificat sub forma unei directive noi, 2009/101/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009 (JOUE L 258 din 1 octombrie 2009, p. 11).

[3] Art. 22 din Directiva a III-a 78/855/CEE a Consiliului privind fuziunea societăților comerciale pe acțiuni (JOCE L 295 din 20 octombrie 1978, p. 36-43), cu modificările ulterioare.

[4] Art. 19 din Directiva a VI-a 82/891/CEE a Consiliului din 17 decembrie 1982 privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni (JOCE L 378 din 31 decembrie 1982, p. 47-54), cu modificările ulterioare.

nulități în dreptul autohton nu a generat până în prezent efecte adverse majore, acesta fiind probabil motivul pentru care a fost importat și în Codul civil în privința nulității societății simple și a nulității persoanei juridice. Construcțiile juridice privind nulitatea societății (comerciale) și nulitatea operațiunilor de divizare-fuziune au fost acceptate și aplicate în mod prudent, restrictiv, de instanțele de judecată[1]. Procedând în acest mod instanțele au reținut, în mod instinctiv, caracterul special al normelor și au limitat difuzia unor caracteristici particulare ale acestei nulități speciale în tot domeniul dreptului comercial.

Societatea cu personalitate juridică (comercială), ca și operațiunile de divizare și fuziune proprii acesteia, pot fi privite și definite ca mănunchiuri de acte juridice supuse inclusiv controlului autorității. Toate includ proceduri de control al autorității finalizate prin acte jurisdicționale sau administrative, în proceduri necontencioase, ca regulă. Nulitatea acestor mănunchiuri de acte poate fi abordată și din perspectiva fiecărui act în parte pentru a salva percepția clasică a nulității – de sancțiune aplicată actului juridic prin înlăturarea efectelor sale. În mod clar însă, textele normative nu au în vedere un „mănunchi" de nulități aplicate individual, ci o nulitate specială, trasată și soluționată prin efectele sale, în mod unic.

Din această perspectivă, viziunea nulității de tip holist, a întregului, nestructurat pe părțile lui componente, pare inclusă în mod nedeclarat în tipul de reglementare. Aceste nulități de tip „întreg" sunt definite și declarate în funcție de nulitatea unui act din mănunchiul de acte juridice care o compun, ocurența unei asemenea nulități particulare fiind suficientă și necesară, lăsând indiferentă verificarea celorlalte acte juridice implicate.

Subsecțiunea a 3-a. Conturul unei nulități speciale

234. Caracterele juridice ale nulității comerciale speciale. Nulitatea de tip holist este o nulitate expresă, limitativă și remediabilă. Funcționând în niște limite speciale, nulitatea de tip întreg nu poate fi extinsă dincolo de premisele ei reglementate. Aplicarea acestei nulități de tip întreg în legătură cu încălcarea oricăror cerințe edictate pentru constituirea (societății) sau desfășurarea unei operațiuni (fuziune, divizare), realități înțelese ca niște mănunchiuri de acte juridice, depășește în mod evident litera și scopul reglementării. Viziunea de drept comun implică nulitatea oricărui act juridic pentru a declara suma lor, pur aritmetică, ca o sumă de acte nule. Prin excepție, nulitatea de tip întreg este declarată în cazul ocurenței oricărei nulități particulare strict reglementate. Fiind o nulitate de tip holist, declarată fără verificarea validității fiecărei părți (act juridic) componente, și fără referire la aceste părți care sunt ignorate din perspectiva întregului, această nulitate specială trebuie interpretată și aplicată în mod limitativ.

---

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 3808/2003, antecitată: „aprecierea asupra unor cauze de nulitate ale actelor constitutive, ale actelor modificatoare și, deci a societății, se raportează la prevederile Legii nr. 31/1990, respectiv la art. 56. Or, se constată că, printre cazurile enumerate limitativ de art. 56 din Legea nr. 31/1990, nu se regăsește cauza invocată de recurenți, și anume, nesemnarea actului constitutiv sau modificator de toți asociații".

B.C.U. „M. EMINESCU"

Deşi se pot imagina şi alte încălcări ale cerinţelor de formare sau funcţionare ale societăţii (respectiv ale operaţiunilor de divizare/fuziune tipice formelor societare), aceste atingeri aduse normelor juridice trebuie tratate doar din perspectiva comună a nulităţii, fără accesarea nulităţii de tip întreg, a nulităţii societăţii sau a operaţiunii în cauză, în întregime.

Caracterul de nulitate specială, comercială, a nulităţii discutate îi asigură acesteia un caracter autarhic, o suficienţă care împiedică restrângerea sau extinderea aplicabilităţii ei.

Nulitatea specială a societăţii (sau a operaţiunilor de divizare/fuziune) este în mod explicit remediabilă. O astfel de nulitate de tip „mănunchi" de acte cunoaşte ca o condiţie suficientă nulitatea unui singur act component indicat normativ limitativ. Restul de acte juridice, sau măcar o parte din ele, sunt atinse în mod nedrept de sancţiunea nulităţii, faţă de lipsa oricăror vicii care să le poată fi imputate în mod singular şi independent. „Molipsirea" lor şi lipsirea de efecte juridice este o consecinţă a nulităţii de tip holist care-şi neagă părţile componente, văzute *ut singuli*. Soluţia remedierii, prin înlăturarea motivului de nulitate particular, cu consecinţa salvgardării întregului, a înlăturării nulităţii speciale, este o soluţie atât practică, dar şi o consecinţă a validităţii cvasi-totalităţii actelor juridice individuale. Remedierea, într-un mod larg şi nenuanţat, poate include obţinerea actelor juridice de autorizare, dar şi refacerea în mod legal a actului juridic care atrage sancţiunea juridică. De principiu, remedierea nu se raportează la confirmarea actului, în sensul teoriei clasice a efectelor nulităţii. Norma legală nu trimite la vreun act expres sau tacit de voinţă, ci este interesată de înlăturarea, la modul general, a cauzelor de nulitate. Acest lucru se realizează prin refacerea sau întocmirea actului juridic care atrage sancţiunea nulităţii de tip organic.

235. Efectele nulităţii comerciale speciale. Efectele clasice ale nulităţii actului juridic sunt suspendate în privinţa nulităţii comerciale speciale. Atât retroactivitatea efectelor nulităţii, cât şi repunerea în situaţia anterioară şi înlăturarea actelor juridice subsecvente nu acţionează la nivelul individual al actului juridic. În mod explicit nulitatea societăţii nu are efecte retroactive, iar obligaţiile sociale şi actele juridice încheiate în contul societăţii nu sunt atinse de declararea nulităţii[1]. În mod asemănător, declararea nulităţii unei fuziuni ori divizări nu aduce atingere prin ea însăşi valabilităţii actelor juridice asumate de societăţi subsecvent operaţiunilor patrimoniale respective[2].

Concluzia este aceea că actele juridice individuale componente ale mănunchiului actelor juridice atinse de nulitatea de tip special nu urmează principiile efectelor nulităţii actului juridic individual. Nici nu ar avea de ce, cât timp ele în sine, privite individual, nu sunt atinse de sancţiunea juridică a nulităţii de drept comun.

Este oarecum impropriu a spune că nulitatea comercială specială, de tip holist, derogă de la principiile efectelor nulităţii actului juridic individual. Nulitatea de tip întreg are pur şi simplu un alt regim juridic. Nu ne aflăm în prezenţa unei veritabile excepţii cât timp principiile efectelor nulităţii actului juridic sunt proprii acestui obiect

[1] Art. 58 şi 59 LS, cu modificările ulterioare.
[2] Art. 251 LS.

și acestei instituții juridice; nu sunt concepute să transceandă nulității actului juridic pentru a fi aplicate unei realități diferite de actul juridic individual.

Nulitatea de tip holist, prin viziunea prezentată, este în esență diferită de nulitatea unui act juridic component și, în mod așteptat, nu aderă nici la principiile efectelor nulității actului juridic individual. Relația dintre nulitatea organică și nulitatea individuală este de tip univoc, respectiv nulitatea unui act individual, încălcarea unei cerințe legale în sens general, prin mijlocirea normei speciale atrage nulitatea de tip întreg în schimb această nulitate organică nu difuzează în privința fiecărui act juridic din mănunchiul de acte care privesc întregul. Viciul rămâne unul global, cu efecte proprii, fără a fi împrumutat fiecărui act juridic care are legătură cu nulitatea specială de tip întreg. Lipsa efectelor juridice directe asupra actelor juridice incidente sau subsecvente nu echivalează cu lipsa oricăror efecte juridice.

Efectele juridice în cauză sunt însă tot unele „organice", sistemice, respectiv invalidarea organismului sau operațiunii atinsă de nulitate, cu respectarea efectelor juridice ale actelor componente valabil încheiate.

Efectul nulității de tip întreg respectă finalitatea instituției clasice a nulității, urmărind aceeași întoarcere la legalitate, sancționând realitățile juridice născute în afara prescripțiilor legale[1]. Reîntoarcerea la legalitate este mai puțin energică, prin mijloacele utilizate, decât nulitatea de drept comun, tocmai pentru a proteja actele juridice individuale care nu vor suporta în mod direct sancțiunea unei nulități care nu li se poate imputa. Nulitatea societății urmărește radierea persoanei juridice, ca măsură de restabilire a legalității, radiere realizată însă în urma unei proceduri de lichidare (nulitatea echivalează prin efectele induse cu pronunțarea dizolvării societății) care respectă actele juridice legal încheiate de persoana juridică. Nulitatea divizării sau fuziunii urmărește aceeași înregistrare a sancțiunii în registrul comerțului, fără ca hotărârea de nulitate să aducă „atingere prin ea însăși valabilității obligațiilor născute (...)"[2].

Detașarea față de condițiile de valabilitate ale fiecărui act juridic implicat sau intervenit după operațiune are ca preț conservarea efectelor raporturilor juridice individuale. Abordarea de tip holist este din această perspectivă consecventă. Ea nu se întoarce nicio clipă la părțile sau actele sale individuale. Acționează în continuare la nivel sistemic, organic, fără influențarea actelor individuale care rămân guvernate de propriile condiții de valabilitate.

Subsecțiunea a 4-a. Principii

236. Principiile efectelor nulității de tip holist. Nulitățile organice, de tip holist, din dreptul societar stabilesc niște principii bine conturate și atrăgătoare prin mijloacele folosite pentru atingerea unei finalități general recunoscute nulității.

Principiul remedierii cauzelor de nulitate până în momentul constatării judiciare a acesteia (până la momentul punerii concluziilor pe fond la tribunal)[3], prin contrapunere cu efectele unei sancțiuni în esență foarte dure cum este nulitatea (de drept comun),

---

[1] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 193: nulitatea este „(...) mijlocul juridic prin care se restabilește legalitatea încălcată la încheierea actului juridic (...)".

[2] Art. 251 LS.

[3] Art. 57 LS.

este foarte atractiv. Tendința juridică, deja des întâlnită, de exonerare sau reducere a sancțiunii, de exonerare de răspundere juridică chiar, ca recompensă sau apreciere pentru un comportament ulterior faptului (*lato sensu*) „incriminat", comportament care concură la restabilirea ordinii juridice, este remarcată în multe ramuri de drept (chiar și în dreptul penal). Principiul remedierii cauzelor nulității atenuează caracterul sancționator al nulității prin verificarea conduitei ulterioare încălcării normelor edictate pentru încheierea valabilă a actului juridic. Conduita orientată spre înlăturarea cauzelor de nulitate sesizate este recompensată cu exonerarea de sancțiunea nulității. Deși remedierea este discutată și în cazul nulității de drept comun, în materia studiată ea este un principiu al reglementării.

Principiul neretroactivității efectelor nulității organice poate fi enunțat în contrapunere cu perspectiva nulității de drept comun. În general, neretroactivitatea efectelor juridice reprezintă o regulă care nu are nevoie să fie reafirmată. Excepțiile de la această regulă sunt cele care au nevoie de evidențieri și dezvoltări.

Văzând însă principiile unanim acceptate și larg exprimate ale nulității de drept comun un asemenea principiu trebuie afirmat. Această neretroactivitate statuată în materie atrage invalidarea și a celorlalte două principii clasice ale efectelor nulității de drept comun: repunerea în situația anterioară și nulitatea actelor juridice subsecvente. Deja afirmarea neretroactivității efectelor nulității organice, ca principiu, face inutilă ridicarea la rang de principii și a negării celorlalte două principii ale efectelor nulității de drept comun.

Acest principiu negativ, al neretroactivității, este acceptat prin identificarea unei sancțiuni juridice distincte de nulitatea clasică, cu aceeași finalitate a restabilirii legalității în interiorul dreptului privat. În interiorul sistemului sancționator nulitatea organică (holistă) și nulitatea actului juridic (de drept comun) apar ca specii distincte care devin la rândul lor genuri pentru cazuri aparte de nulități (specii individuale, distincte)[1]. *Differentia specifica* identificată pentru individualizarea acestei nulități organice poate fi găsită în neretroactivitatea efectelor acestui tip de nulitate, cu precizarea că enunțarea acestui principiu este suficientă pentru invalidarea *in corpore* a principiilor efectelor nulității actelor juridice – nulitatea de drept comun.

În mod evident într-o asemenea accepțiune nulitatea holistă nu este o specie a nulității de drept comun, ci un gen aparte care se unește cu nulitatea de drept comun doar într-o sancțiune, fie ea și nulitate, generică, superioară. Ambele nulități, holistă și de drept comun, se revendică de la un gen superior, o sancțiune (care, repet, poate fi numită tot nulitate, dar în sens larg) care tinde spre o *„restabilire a legalității încălcate"*.

237. Principii pozitive ale nulității de tip holist. Principiile deja enunțate, al remedierii și al neretroactivității sunt în esență negative. Ele stabilesc situații în care nulitatea organică nu acționează sau în care efectele sale dispar. Din această perspectivă, deși par a fi principiile de bază ale nulității organice, nu sunt suficiente pentru a caracteriza efectele nulității. Un principiu pozitiv și cuprinzător al nulității apare ca necesar.

---

[1] În sensul „arborelui lui *Porphir*", în care fiecare gen este specie pentru genul superior până la genul unic, suprem (Introducere la Categoriile lui Aristotel, *Porfir Fenicianul*, Isagoga, Ed. Univers Enciclopedic, București, 2002).

Principiul (sancționator) al restabilirii legalității, ca esență a efectelor nulității, poate îndeplini acest rol de principiu pozitiv, imanent noțiunii generale de nulitate. Sub acoperirea acestui principiu se poate imagina un gen superior de nulitate, așa cum am afirmat deja, față de care pot fi distinse o nulitate de drept comun, a actului juridic și o nulitate comercială, *holistă*, a unui mănunchi de acte și fapte juridice privite ca un întreg. În privința nulității de drept comun, un asemenea principiu este implicit, este inclus în construcția conceptului de nulitate, în definirea generală a acestei instituții juridice.

Afirmarea acestui principiu este necesară în privința nulității holiste pentru a-i justifica natura juridică. În situația invalidării caracteristicilor clasice ale nulității de drept comun, fixate prin principiile efectelor acestei nulități, caracterul general de nulitate și esența acestui concept trebuie căutate în caracterul sancționator, în finalitatea restabilirii legalității de drept privat care a fost încălcată la apariția realității juridice reprezentată de o operațiune ori o instituție juridică distinctă. Modul de restabilire a legalității nu mai ține de esența instituției nulității. Acest imperativ al legalității se poate realiza în modul energic, prescris de principiile efectelor nulității actului juridic sau în modul propriu, în esență remediabil, al nulității de tip întreg. În acest ultim caz restabilirea legalității este prescrisă de legiuitor cu suficientă precizie pentru a permite aplicarea sancțiunii.

Subsecțiunea a 5-a. Efecte juridice speciale

238. Analiza critică a nulității holiste. Invocarea unei viziuni *organice, holiste*, a nulității pare a fi „neștiințifică", nesusținută în teoria clasică, bine așezată normativ în prezent, a acestei instituții juridice. Conceptul însuși al nulității în afara, sau măcar la limitele teoriei actului juridic (individual) trebuie tratat cu observarea strictă a limitelor reglementării.

Nu este însă mai puțin adevărat că creația legislativă este un efort de cuprindere (abstractizate) în norma juridică a unor realități sociale care necesită reglementare și „îndrumare" în direcția unui comportament considerat ca preferabil. Când unele concepte cuprinse în reglementare diferă fundamental de o instituție juridică bine individualizată este mai indicat a crea un model teoretic nou decât a folosi prototipul aceleiași instituții juridice de la care trebuie contabilizate excepții în privința tuturor trăsăturilor proprii.

Acceptarea unei nulități comerciale de tip organic separă această sancțiune de nulitățile de drept comun și permite cercetarea proprie, nu pe cale de excepție la regimul general al nulităților.

Dincolo de aceste avantaje ale conceptualizării impactul practic este limitat. Această *viziune holistă* nu poate fi extrasă în mod direct, prin interpretarea textului juridic. Regimul special al remedierii, al salvgardării actului juridic, suspendarea efectelor clasice ale nulității actului juridic și modelul sancționator propriu nu pot fi aplicate într-o situație particulară, în afara acoperirii clare a premisei textului normativ. Lipsa unei consacrări normative a unui tip organic de nulitate nu permite identificarea lui pe cale de interpretare și extrapolare.

Din această perspectivă, delimitarea conceptuală apare ca nerelevantă şi lipsită de finalitate practică. Nulitatea comercială identificată, atrasă de textele legale, rămâne să fie tratată, ca regulă, în tiparele de drept comun, orice reglementare particulară supunându-se strict regimului derogator explicit. Chiar dacă ieşirea din tiparele clasice ale nulităţii depăşeşte în mod vizibil caracterul de excepţie de la regulă, aplicarea normelor în cauză rămâne posibilă din perspectiva normei speciale, fără a apela la instituţia juridică, necunoscută, a nulităţii generice de tip întreg, organic sau holist[1].

239. Configuraţia nulităţii de drept comercial. Cu caracteristicile, efectele si principiile redate anterior, *nulitatea de tip întreg, organică*, poate fi teoretizată ca un gen aparte de sancţiune juridică. Sau, în lipsa acceptării unei asemenea abordări, ca o specie a nulităţii clasice, o creaţie specială caracterizată de excepţii multiple care trebuie aplicate strict în limitele lor de reglementare.

Există şi mirajul unui alt tip de abordare. Al unei nulităţi de ramură, o nulitate cu caracteristici imprimate într-un mod general de ocurenţa sa în ramura comercială. Manifestarea unei instituţii juridice într-o ramură bine individualizată de drept este de aşteptat să îmbrace nuanţe specifice. Întrebarea este dacă această aplicare nu merge până la individualizarea unei specii noi, a identificării unor caracteristici puternice, proprii, cu manifestare constantă în această ramură de drept. Dacă, cu alte cuvinte, specia unei asemenea instituţii nu se suprapune cumva exact cu graniţele ramurii particulare de drept.

Observarea şi a altor ramuri de drept ne îngăduie să credem că instituţia nulităţii, odată cu incidenţa în ramuri distincte de drept, nu a creat specii distincte, ci caracteristici proprii uniforme derivate direct din specificul ramurii de drept în cauză. Nu au fost decelate nulităţi de ramură, uniforme, de drept administrativ, de dreptul muncii etc. Caracteristicile proprii ale nulităţii în ramuri distincte s-au tradus eventual în excepţii, strict delimitate, fără fixarea unei configuraţii fixe, distincte, uniforme, pentru întreaga ramură de drept.

Nici nulitatea de drept comercial nu pare să cunoască un regim uniform extins la întreaga ramură de drept, mai ales în situaţia înglobării dreptului comercial în dreptul civil. Reglementările speciale din domeniul societar, fie că le considerăm un gen aparte de sancţiune, nulitate de tip întreg, fie că le tratăm ca excepţii sau specii limitate ale nulităţii de drept comun, rămân în domeniul lor strict fixat normativ. Posibilitatea existenţei unei nulităţi de ramură (comercială în speţă), oricât de atractivă şi simplificatoare ar fi, nu este fundamentată. Soluţia nu este însă unitară, aşa cum reţinem din tendinţele judiciare prezente identificate în mod critic în continuare.

240. Critica unei nulităţi de ramură, a unui regim generalizator, uniform, de drept comercial. Atractivitatea unor construcţii juridice speciale precum remedierea, condiţii de „exonerare" specifice de la aplicarea nulităţii, neretroactivitatea şi salvgardarea raporturilor juridice comerciale se manifestă prin inducerea unor cerinţe

[1] Am folosit mereu mai mulţi termeni pentru aceeaşi noţiune datorită lipsei unei fixări conceptuale pre-existente.

suplimentare în practica judiciară, prin tendința de a percepe nulitatea comercială ca o sancțiune extremă, lăsată la aprecierea suverană a instanțelor de judecată.

În acest context, practica judiciară cunoaște extrapolări de genul: „în materia societăților comerciale putând fi (*pot fi*, pentru construcția frazei prezente – *n.a.*) înlăturate inclusiv nulitățile absolute"[1].

Translatarea caracteristicilor nulităților speciale comerciale exprese s-a realizat rapid către orice nulitate întâlnită în dreptul comercial, nulitățile speciale părând a se suprapune peste întreaga materie a dreptului comercial[2]. Instanțele judecătorești identifică ușor mecanisme normative cu acoperire generală care fac ineficiente efectele clasice ale nulității[3].

Nu mai puțin abundente în motivări în sensul exonerării de la aplicarea sancțiunii nulității sunt soluțiile pronunțate în materia nulității hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor (pe care le tratăm separat în materia societară).

Toate aceste soluții schițează o tendință de reconfigurare juridică a instituției nulității în domeniul comercial în sensul aplicării ei parcimonioase, în direcția considerării nulității ca o sancțiune de ultim resort, gestionată liber de instanța de judecată după evaluarea proprie a impactului măsurii și încercării remedierii lipsurilor invocate.

Nu poate fi acceptată această tendință de relativizare a aplicării sancțiunii nulității, de identificare, prin analogie, de circumstanțe și exonerări de la aplicarea sancțiunii. Cel puțin în configurația prezentă a dreptului nostru comercial, înglobat și în parte asimilat de dreptul civil, instituția nulității nu are o formă aparte în subramura de drept comercial.

Difuziunea unor situații particulare, a unor cauze de exonerare punctuale în întreg domeniul comercial nu are în prezent o susținere normativă. Nici securitatea circuitului comercial, nici protecția terților subcontractanți, nici celeritatea actelor comerciale nu justifică generalizarea unor excepții punctuale de la principiile efectelor

---

[1] Trib. Brașov, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința nr. 2551/C/2007, dosarul nr. 1603/62/2006 (*nepublicată*), p. 10: „(...) regimul juridic al nulităților în dreptul societar diferă într-o anumită măsură de cel al nulităților de dreptul comun, în materia societăților comerciale putând fi înlăturate inclusiv nulitățile absolute, soluție prevăzută expres în Legea nr. 31/1991, republicată".

[2] Trib. Brașov, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința nr. 2551/C/2007, dosarul nr. 1603/62/2006 (*nepublicată*), p. 10; „(...) întrucât o nulitate societară, care absoarbe o nulitate a actului constitutiv, poate fi înlăturată, în aceeași măsură poate fi acoperită și nulitatea actului constitutiv prin exercitarea ulterioară a drepturilor conferite de calitatea de acționar, în cauză nemaipunându-se problema lipsei consimțământului reclamantei".

[3] Trib. Brașov, Secția comercială și de contencios administrativ, sentința nr. 2551/C/2007, dosarul nr. 1603/62/2006 (*nepublicată*), p. 10: „(...) acoperirea unei nulități relative prin exercitarea drepturilor ce decurg din actul anulabil (executarea voluntară a actului) este aplicabilă oricărui act juridic și nu doar constituirii unei societăți prin subscripție publică". Trimiterea instanței este la art. 18 alin. (4) LS: „Prospectele de emisiune care nu cuprind toate mențiunile sunt nule. Subscriitorul nu va putea invoca această nulitate dacă a luat parte la adunarea constitutivă sau dacă a exercitat drepturile și îndatoririle de acționar". Textul se află în Titlul II, Capitolul II (*Formalități specifice pentru constituirea societății pe acțiuni prin subscripție publică*) din Legea societăților.

nulității actelor juridice și construirea pe calea jurisprudenței a unei *nulități uniforme de drept comercial*. În lipsa unor repere legislative clare, extinderea soluțiilor particulare nu are nicio fundamentare juridică și rămâne o eroare grosolană de aplicare a legii prin aplicarea excepțiilor dincolo de câmpul lor de acțiune, când ele trebuie să rămână de strictă interpretare.

Sancțiunea și finalitatea nulității sunt corect trasate în dreptul comun, iar exonerarea de această sancțiune, în forme și sub condiții specifice, nu poate fi altfel decât explicită. Regimul comun al nulității implică un determinism al sancțiunii (așa cum este de așteptat în privința oricărei sancțiuni juridice) care impune intrarea rapidă în legalitate prin infirmarea efectelor juridice ale actelor juridice încheiate cu nerespectarea cerințelor legale pentru perfectarea acestor acte.

Situațiile particulare, indiferent dacă sunt tratate ca excepții proprii unor instituții juridice sau ca sancțiuni, nulități de gen, de tip holist, rămân a produce efecte în domeniul lor juridic de aplicare. Extragerea soluțiilor legale din spațiul în care au fost așezate de legiuitor este contrară regulilor de interpretare și aplicare din orice ramură de drept, inclusiv din dreptul comercial.

Secțiunea a 5-a. Nulități de drept societar. Nulitatea societății cu personalitate juridică

Subsecțiunea 1. Nulitățile *sui generis*

241. Introducere[1]. Privirea de ansamblu asupra nulităților comerciale trebuie completată cu o observare a genurilor de nulități desprinse din cercetarea normelor particulare care reglementează nulități comerciale. Chiar abținându-ne de la teoretizarea deplină a unor *nulități holiste*[2] identificăm unele *nulități sui generis*, acele nulități care aparțin unei reglementări cvasi-complete, de natură autarhică, care nu se mai sprijină pe principiile nulității de drept comun[3].

Observarea și individualizarea acestor nulități poate fi obturată de tendința de a aborda substanța normativă doar din perspectiva unui algoritm autosuficient. De când Gnaeus Flavius[4] a dezvăluit procedurile acțiunilor romane plebei, dreptul, prin teoreticienii și practicienii lui, este preocupat de ștergerea tendințelor ermetice, de apropierea conținutului legislativ de destinatarii normelor de conduită. Comprehensivitatea dreptului pozitiv a fost tot timpul o preocupare a legiuitorului cât timp, ca regulă, atât legiuitorul, cât și destinatarii normelor nu sunt specialiști ai dreptului. Între sursa

---

[1] *C. Gheorghe*, Nulități comerciale în dreptul societar, în RRDA nr. 7/2008.

[2] Ne referim, în sensul dezvoltat în capitolul precedent, la acele nulități aplicate unor realități care transcend actul juridic în sine și lasă impresia unui nivel de reglementare superior, integrator, desprins de actul juridic particular.

[3] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit., p. 70 și urm.

[4] Gnaeus Flavius, secretarul lui Appius Claudius Caecus, este recunoscut ca primul funcționar roman care a dezvăluit procedura legală (*legis actiones*), ascunsă plebei romane până atunci. Din funcția electivă de edil acesta a afișat în forum un calendar al „zilelor faste", acele zile în care acțiunile legale erau permise.

normativă şi destinatarii ei se află pilonii de interpretare: sursele de doctrină, cu rolul lor de îndrumare în sistemul nostru legislativ şi sistemul judiciar, cu forța asigurată de poziția sa în rândul puterilor în stat. Dacă al doilea pilon refuză raportarea la prima sursă de interpretare şi se lasă sedus de litera textului normativ sistemul judiciar poate părea mai transparent, dar pierde din consistența şi acumulările trecute. Tendința de a face din orice nouă reglementare un corpus *sui generis* tratat independent de speciile anterioare simplifică până la banalizare textul normativ şi permite o cuprindere aparent totală a sensului conduitei normative, asimilabilă fără dificultăți de orice subiect de drept. Dezavantajul acestei tendințe este cuantificarea dreptului, fărâmițarea substanței sale în corpusculi fără legătură, în simple pilule pe care actul pozitiv le unește doar ca o folie, fără pretenția de a cuprinde altceva decât un liant exterior de fixare care exclude orice osmoză între elemente. O asemenea viziune farmaceutică, de prescriere, fără un consult de specialitate anterior, a pilulei normative decojită din folia actului normativ, cu efecte imediate asupra subiectului de drept poate fi tentantă într-o lume mecanicistă în care cauzele şi efectele sunt determinabile şi complet urmăribile. Pierderea rezultată de aplicarea unei asemenea viziuni este reprezentată de principiile integratoare. Cuantificarea exagerată a normelor, autarhia oricărei norme refuză extragerea de sensuri şi identificarea de principii care nu se sprijină pe situațiile particulare decât ca bază pentru o cunoaştere prin inducție incompletă. Destructurarea sistemului normativ la nivel de conduită prescrisă juridic, pentru aplicarea independentă a acesteia, atrage riscul dezmembrării totale a sistemului şi tentația de a nu mai asambla la loc un sistem care pare inutil şi inaplicabil în forma sa generală, integrată.

242. Tendințe de interpretare normativă. Mecanicismul şi instrucțiunile de tip algoritm au o putere de atracție remarcabilă prin claritatea şi determinismul pe care le afişează. Înlocuirea silogismului judiciar cu algoritmul normativ este însă o „superbă iluzie". Avantajul algoritmului dispare în momentul în care raportul juridic particular nu se regăseşte explicit în schema algoritmului. Aproximarea prin asemănare nu răspunde neapărat cerințelor de interpretare normativă şi deplasează discuția pe tărâmul probabilităților şi incertitudinilor de care viziunile mecaniciste sau algoritmice au oroare. Limitarea acestor abordări este una intrinsecă. În măsura în care textul normativ ar putea prevedea exhaustiv fiecare situație juridică, pentru a prescrie şi conduita corespunzătoare, ar putea fi atins acest ideal mecanicist. Până acolo însă tradiția juridică şi principiile recunoscute ale unui sistem juridic rămân, alături de regulile de interpretare edictate normativ, să călăuzească jurisprudența şi doctrina. Tendința continuă de dezermetizare a dreptului se traduce de obicei în reglementări din ce în ce mai stufoase, nostalgia algoritmului, trează în legiuitor, atrage o masă normativă mereu crescândă care reuşeşte să ajungă în direcția exact opusă celei dorite. Chiar dacă reglementările sunt mai transparente şi cât mai detaliate posibil, diluarea substanței îi dezamăgeşte pe specialişti, iar întinderea enormă stinge orice atenție şi, în ultimă instanță, orice interes al destinatarilor materialului normativ[1]. Orice legiuitor trebuie să păstreze imaginea

[1] Dreptul primar european este un bun material educativ. Supunerea atenției cetățenilor a unui tratat constituțional, urmat de un „tratat de reformă" de dimensiuni demne de un roman fluviu a demonstrat eşecul demersului în fața votului popular, eşec datorat mai degrabă

celui mai de succes sistem legislativ, sistemul roman, care în douăsprezece table de legi acoperea întreg domeniul posibil de legiferare, de la procedura şi dreptul civil până la dreptul penal şi constituțional[1].

Concluzia este că un sistem legislativ prolix, cu pretenții de claritate prin detaliere sfârşeşte prin a fi la fel de inaccesibil ca un text ezoteric. Detalierea şi reglementarea cu tendințe exhaustive mai prezintă şi riscul limitării conceptualizării şi interpretării, dând impresia că textul este autosuficient, fără necesitatea dezvoltării şi interpretării prin apelare la norme şi principii generale.

243. Nulitatea societății cu personalitate juridică. Noutățile în materia nulităților de drept comercial sunt reprezentate de nulitățile de tip organism, situate la o distanță apreciabilă de nulitățile clasice aplicate actelor juridice. Deşi acest tip de nulitate este unul complet nou din punct de vedere juridic, aplicarea lui nu a întâmpinat dificultăți datorită unei aplicări de tip algoritm. Aparenta claritate a reglementării, trasarea exactă a domeniului de ocurență (cam prea exactă), precum şi a efectelor acestor nulități a lăsat aceste sancțiuni juridice într-o stare de „dezinteres" pentru mânuitorii dreptului. Inovația reglementării, ca şi impactul soluțiilor normative alese nu au fost suficiente să nască o jurisprudență pe măsură. Anticorpii sistemului juridic s-au mulțumit să izoleze aceste nulități de restul organismului juridic, să împiedice orice raportare şi analiză la adăpostul unei practici unitare şi a unei interpretări literale a obiectului şi efectelor unor astfel de nulități.

La acestea s-a adăugat şi fetişismul față de textele de sorginte europeană. Această ascendență a fost de obicei suficientă pentru a exclude orice alterare a textului inițial, orice modelare a conceptelor la realitatea dreptului intern, pentru a evita indezirabila acuză a neobservării legislației secundare europene, cu termene clare de implementare.

Nulitatea societății cu personalitate juridică este un caz tipic de reglementare ascunsă sub aparența unei instituții juridice cu tradiție îndelungată de manifestare în orice sistem de drept. Ideea de sancțiune indusă de această instituție mută greutatea sintagmei pe obiectul care suferă efectele sancțiunii: societatea cu personalitate juridică. Indiferent de curentele de apreciere a naturii juridice a acestui concept există unanimitate în privința unui fapt: societatea cu personalitate juridică în sine nu este – sau mai degrabă este mai mult decât – un act juridic. Societatea este un mănunchi de acte juridice – de drept privat şi de drept public – care, împreună, în configurația legală, conturează o realitate juridică nouă, societatea cu personalitate juridică. Acceptând un dualism al constituirii societății reprezentat de voința acționarilor şi controlul autorității, fiecare fază produce actele juridice specifice: voința acționarilor produce actele de drept privat, actele constitutive, în interiorul şabloanelor legislative imperative, iar controlul autorității produce actele de drept public, autorizarea prealabilă (acolo unde este cazul), încheierea de înregistrare în registrul public al societăților comerciale (registrul comerțului), după verificarea îndeplinirii condițiilor de legalitate. Nulitatea societății nu se referă în concret la niciunul din aceste acte juridice, rămânând la nivelul

---

imposibilității de aderare la un text de asemenea dimensiuni mai mult decât împotrivirii la principiile şi țintele efective ale construcției europene.

[1] Pornind de la acest punct tradițional de instituire a dreptului, dezvoltarea ulterioară a dreptului roman fost însă considerabilă.

realității superioare a persoanei juridice (în *viziunea holistă* expusă). Planul secundar (dar tratat cu maximă atenție de legiuitor) se referă la raporturile juridice având ca parte societatea însăși, ca subiect distinct de drept. Toate aceste acte juridice ulterioare nașterii societății intră și ele în mănunchiul de acte care fac obiectul nulității societății cu personalitate juridică. Reglementarea acestei sancțiuni juridice sub numele generic de nulitate (am convenit în parte că este totuși o nulitate *sui generis* sau holistă) este o inovație în dreptul nostru comercial importată din legislația europeană.

244. Nulitatea operațiunilor de fuziune și divizare. Nulitatea fuziunii/divizării societăților cu personalitate juridică este al doilea punct de ocurență comercială a unei nulități *sui generis* (preferăm să păstrăm și această nulitate în limitele unui gen propriu, fără a o alătura nulității societății, ca specii incorporate aceluiași gen în lipsa unei teorii consecvente a unei nulități holiste, a unei nulități de tip organism).

Ca și constituirea societății cu personalitate juridică procesul de divizare/fuziune este o procedură completă cu două dimensiuni – voliționlă și de control al autorității – care implică un număr de acte juridice de drept privat și de autoritate, procedură care are vocația de a da naștere sau de a induce încetarea unei societăți. Chiar când o asemenea vocație nu devine manifestă (operațiunile pot privi și doar societăți existente) modificările persoanelor juridice implicate obligă (ca orice modificare de drept societar) la o etapă convențională (proiect de divizare/fuziune, hotărâre a adunării generale a acționarilor/asociaților, act adițional) și o etapă de control al autorității (autorizare prealabilă, acolo unde este aplicabilă, încheiere de înregistrare în registrul comerțului).

Și această nulitate planează asupra unui mănunchi de acte juridice și are de soluționat și problema unor raporturi juridice conexe. Handicapul acestei nulități este reglementarea mai relaxată și un interes mai scăzut pentru reglementarea efectelor juridice concrete ale sancțiunii.

Subsecțiunea a 2-a. Problematica nulității societății cu personalitate juridică

245. Reprezentarea normativă în dreptul intern a nulității societății cu personalitate juridică. Abordarea nulității societății cu personalitate juridică are deja o ancorare clară în doctrină și jurisprudență. Soluția preferată de ambii piloni de interpretare normativă este în general una prudentă, până la algoritmică[1]. Premisele de incidență ale instituției nulității societății sunt trasate în mod evident limitativ în textul normativ (nulitatea poate fi declarată „numai atunci când"[2]), cu mare atenție la norma europeană relevantă în domeniu[3]. Rigurozitatea este impusă chiar de directiva

---

[1] A se vedea printre altele: *I. Schiau, T. Prescure*, Nulitatea societății comerciale, în Dreptul nr. 8/2006, p. 91-110; *I.R. Motica, M. Bratiș*, Nulitatea societății comerciale pe acțiuni, în PR, Supliment, 2007, p. 517-538.

[2] Art. 56 LS.

[3] Directiva 68/151/CEE a Consiliului „de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în sensul art. 58 parag. 2 din Tratat, pentru protejarea intereselor asociaților sau terților", cu modificările ulterioare, „Prima Directivă" de drept societar

europeană care interzice reglementarea altor cauze decât cele enumerate ce pot avea, în orice mod, ca rezultat încetarea raportului juridic societar[1]. La prima vedere legea română a societăților prevedea un cadru mai larg al nulității societății decât forma europeană acceptată. Din acest motiv remodelarea acestei instituții juridice a figurat pe lista de modificări necesare în corpul legii societăților pentru armonizarea normativă impusă de aderarea la Uniune[2]. Au fost în discuție motivele de nulitate a societății care prevăd lipsa încheierii judecătorului delegat de înmatriculare a societății sau a autorizării legale administrative de constituire a societății[3]. Formularea corespunzătoare din textul directivei europene se referă la situația „nerespectării reglementărilor de control preventiv", cu alte cuvinte actele care privesc controlul autorității din procedura de constituire a societății[4]. Motivele mai largi din legea română (privind actele judecătorului delegat și autorizarea prealabilă) se aliniau cu succes formulării de drept comunitar. Din prisma modului de implementare de până acum a dreptului european în dreptul intern trebuie salutată „rezistența normativă" probată până la urmă și păstrarea formei inițiale a legii în dauna unei traduceri care să urmărească obedient textul european (care ar fi fost oricum needificatoare și incompletă). Până la urmă singura modificare operată în această materie (în perfectă concordanță cu textul european) este înlocuirea unei conjuncții[5] pentru ca textul român să păstreze sensul normei europene.

246. Premise ale nulității societare. Relația dintre nulitatea societății cu personalitate juridică și nulitatea actului constitutiv trebuie tranșată în interiorul normelor speciale privind nulitatea societății. Cele două nulități sunt într-o relație de incluziune atât timp cât nulitatea societății, ca o nulitate holistă, de ordin superior, se răsfrânge

---

european. În prezent, normele se află Directiva 2009/101/CE. Pentru dezvoltare, a se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar. Instituții de drept comercial comunitar din perspectiva dreptului român, Ed. Logisticon, București, 2006 sau *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

[1] Scopul reglementării și caracterul limitativ al cauzelor de nulitate a societății este subliniat de reiterarea în textul directivei a interdicției legiferării oricăror altor cauze care pot aduce atingere ființării societății: „cauze de inexistență, nulitate absolută, nulitate relativă sau anulabilitate, altele decât cauzele de nulitate menționate (...)", art. 11 alin. (2) din Directiva 68/151/CEE. În prezent normele se află în art. 12 din Directiva 2009/101/CE.

[2] Este vorba de Legea nr. 441/2006 care a avut ca scop declarat implementarea (lucru care nu se întâmplă prima dată) mai atentă a directivelor europene de drept societar în dreptul intern.

[3] Art. 56 lit. d) și e) LS.

[4] Singurele cazuri în care nulitatea poate fi pronunțată, în declararea normei europene citate sunt: „a) absența actului constitutiv sau nerespectarea reglementărilor de control preventiv sau a formei autentice; b) obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice; c) actul constitutiv sau statutul nu menționează denumirea societății, aporturile, capitalul total subscris sau obiectul de activitate al societății; d) nerespectarea dispozițiilor din legislația națională privind cuantumul minim al capitalului vărsat; e) incapacitatea tuturor asociaților fondatori; f) numărul asociaților fondatori este mai mic de doi, contrar legislației naționale care reglementează societatea" (art. 12 din Directiva 2009/101/CE).

[5] Art. 56 lit. f) LS: „(...) denumirea societății, obiectul său de activitate, aporturile asociaților *și* capitalul social subscris" a devenit „denumirea societății, obiectul său de activitate, aporturile asociaților *sau* capitalul social subscris", în deplină concordanță cu textul directivei citate.

cu efecte specifice asupra oricărui act juridic de nivel inferior, fără diferențiere, iar nulitatea actului constitutiv în sine nu poate opera în afara nulității societății. Orice analiză logică relevă interdependența celor două noțiuni care nu pot acționa separat, raportat la cadrul reglementării nulității societății.

O primă relevare a dihotomiei societate/contract de societate apare chiar în situația discutată a societății simple, fiind chiar mai greu comprehensibilă acolo fiindcă societatea simplă nu are personalitate juridică; are însă patrimoniu social, este în mod nedeclarat o întreprindere și din această cauză este posibilă distincția societate/contract de societate. Acea reglementare ar putea fi considerată o proto-reglementare pentru societatea cu personalitate juridică. În realitate nulitatea societății cu personalitate juridică precede reglementarea societății simple. Soluțiile din acea materie, văzută deja, provin din observarea nulității societății cu personalitate juridică. Lipsa pentru societatea simplă a personalității juridice face ca de fapt nulitatea societății simple să nu se desprindă de nulitatea contractului de societate[1]. Specifice nulității societății simple sunt efectele sale, în virtutea calității de întreprindere, cu organizare și patrimoniu social. Acestea calchiază modelul societar special.

Subordonarea necesară a nulității contractului de societate nulității societății cu personalitate juridică, a absorbției nulității actului constitutiv în nulitatea *sui generis* a societății cu personalitate juridică, ridică și dificultăți greu de depășit. Este de semnalat omisiunea includerii tuturor condițiilor de valabilitate ale actului juridic (actul constitutiv) în construcția normativă a nulității societății. Lipsa satisfacerii acestor condiții de valabilitate atrage situația greu de acceptat a unui act constitutiv nul care nu poate fi lipsit de efecte juridice (efectele nulității de drept comun) datorită reprimării acestei nulități de către instituția limitativă a nulității societății cu personalitate juridică. În discuție este chiar condiția consimțământului, care nu poate fi regăsită în premisele nulității societății decât în sintagma „lipsa actului constitutiv". O asemenea interpretare privind lipsa (în sens *negotium*) actului constitutiv în situația lipsei consimțământului nu este acceptată, în general, de soluțiile jurisprudenței[2].

Alte sisteme de drept european au soluționat în mod expres un asemenea paradox juridic. De exemplu, sistemul francez de drept, în realizarea legăturii dintre nulitatea actului constitutiv și nulitatea societății a ales să construiască această ultimă nulitate ca o extindere a primei noțiuni, nulitatea de drept comun a actului juridic. În mod expres, nulitatea de drept comun a actului constitutiv atrage nulitatea societății.

---

[1] Art. 1932 C.civ.

[2] I.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 3808/2003, dosarul nr. 458/2002: „Dreptul comun în materie de societăți comerciale îl reprezintă Legea nr. 31/1990, republicată, care, la rândul ei, în raport cu legea civilă, reprezintă un drept special. Prin urmare, aprecierea asupra unor cauze de nulitate ale actelor constitutive ale actelor modificatoare și, deci a societății, se raportează la prevederile Legii nr. 31/1990, respectiv la art. 56. Or, se constată că, printre cazurile enumerate limitativ de art. 56 din Legea nr. 31/1990 nu se regăsește cauza invocată de recurenți, și anume, nesemnarea actului constitutiv sau modificator de toți asociații. Trebuie precizat că, în concepția Legii nr. 31/1990, nulitatea este, în principiu, parțială și remediabilă. Ea nu poate fi declarată în cazul în care cauza ei, invocată în cererea de anulare, a fost înlăturată înainte de a se pune concluzii în fond, la tribunal, iar declararea nulității unei societăți produce efecte numai pentru viitor, ea neavând efecte retroactive".

Practic, nu avem o nulitate holistă, ci una în care actul juridic principal, componenta esențială (actul constitutiv), este vizibilă și acționează în mod direct[1]. Soluția este identică cu reglementarea Codului civil privind societatea simplă. O asemenea sprijinire pe cauzele de nulitate a actelor juridice și adaosul la acestea din perspectiva instituției societății cu personalitate juridică are mai mult sens decât reglementarea independentă a nulității societății și justifică implicarea conceptului de nulitate în privința acestei sancțiuni.

Așa cum este formulat în prezent textul normativ român, orice cauzalitate între nulitatea actului constitutiv și nulitatea societății este înlăturată, instanțele fiind îndemnate să aplice strict algoritmic o instituție juridică suspendată în domeniul dreptului comercial: nulitatea societății.

Subsecțiunea a 3-a. Nulitatea societății și nulitatea actului constitutiv

247. Introducere[2]. Noțiunea nulității societății a fost adoptată de legiuitorul român prin O.U.G. nr. 32/1997[3]. Teoriile și abordările cu vechime în dreptul nostru comercial privind societatea nelegal constituită și-au găsit un pandant normativ în materia nulității societății. De această dată efectele acestei nulități speciale, inclusiv recunoașterea existenței patrimoniului care trebuie lichidat și protejarea intereselor terților prin ocrotirea deplină a efectelor actelor juridice ante-încheiate de societatea supusă nulității, au fost deplin reglementate.

Această nulitate nu face decât să însumeze o serie de excepții care tind să submineze conceptul de nulitate[4]. Toate efectele clasice ale nulității, repunerea în situația anterioară, manifestarea *ex tunc* și lipsirea de efecte și a actelor subsecvente actului nul, sunt înlăturate.

---

[1] Codul de Comerț (Franța), Capitolul V (*Nulitățile*), art. 235-1 (*http://www.legifrance.gouv.fr*). În mod explicit nulitatea societății poate rezulta din prevederile exprese ale Codului sau din motivele de nulitate a contractelor (de drept comun). Trebuie spus și că legea franceză face o delimitare între societățile de capital (incluzând societatea de acțiuni și societatea cu răspundere limitată – atât cât este ea societate de capital) și restul societăților, respectiv în cazul primelor, viciile de consimțământ și incapacitatea nu pot atrage nulitatea societății decât dacă ele privesc pe toți fondatorii (în dreptul român este păstrată incapacitatea tuturor fondatorilor ca motiv pentru nulitatea societății indiferent de tipul de societate comercială). Distincția are sens cât timp persoana în sine a acționarului nu este de esența constituirii și funcționării societății comerciale de capital, precum la societățile de persoane. În cazul nostru însă ne referim inclusiv la lipsa totală (nu la viciere) de consimțământ, ca motiv de nulitate a actului constitutiv, motiv rămas fără eficiență în viziunea jurisprudenței în lipsa preluării lui de către reglementarea nulității societății.

[2] *C. Gheorghe*, Nulitatea societății comerciale și nulitatea actului constitutiv, în RDC nr. 4/2006.

[3] O.U.G. nr. 32/1997 pentru modificarea și completarea Legii nr. 31/1990 privind societățile (M.Of. nr. 133 din 27 iunie 1997). Norma se regăsește în prezent în art. 56 din Legea societăților, după republicările acesteia din anii 1998 și 2004.

[4] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, Ed. All Beck, București, 2003, p. 28, 29.

Legiuitorul creează o sancțiune nouă, sau o nulitate specială, așa cum a fost argumentat. Oricare din aceste abordări sunt preferabile față de contrapunerea acestei nulități din spațiul comercial conceptului civil clar delimitat.

Legiuitorul trasează câmpul de ocurență al noțiunii, particularități procedurale și efecte juridice (într-o dimensiune pronunțat negativă: societatea încetează fără efect retroactiv, nu se aduce atingere actelor încheiate anterior declarării nulității)[1].

248. Cauze de nulitate societară. Domeniul de aplicare a nulității societății este exact delimitat: lipsa actului constitutiv sau lipsa formei autentice, în situațiile prevăzute de legea comercială; incapacitatea tuturor fondatorilor, la data constituirii societății; obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice; lipsa încheierii judecătorului delegat de înmatriculare a societății; lipsa autorizării legale administrative de constituire a societății; lipsa din actul constitutiv a dispozițiilor privind denumirea, sediul societății, obiectul său de activitate, aporturile asociaților și capitalul social subscris și vărsat; încălcarea dispozițiilor legale privind capitalul social minim, subscris și vărsat; nerespectarea numărului minim de asociați, prevăzut de lege[2].

Cheia în care a fost citită această normă privind nulitatea de către instanțele de judecată a fost una restrictivă și limitativă.

Efectele nulității societății sunt reglementate pe două dimensiuni: în mod pozitiv și în mod negativ. Efectele reglementate în mod pozitiv privesc intrarea în lichidare împreună cu incidența normelor speciale din această materie, lichidatorii fiind numiți chiar prin hotărârea judecătorească de declarare a nulității, publicitatea hotărârii judecătorești de declarare a nulității. Majoritatea efectelor au o dimensiune negativă: societatea încetează fără efect retroactiv, nulitatea este înlăturată dacă motivele invocate au fost remediate înainte de faza procesuală a concluziilor pe fondul cauzei, raporturile juridice în care societatea este parte nu sunt afectate (actele juridice ale societății nu sunt atinse), terților de bună-credință nu le poate fi opusă nulitatea societății[3].

Evaluând această nulitate comercială și decantând elementele specifice, putem spune că este o sancțiune judiciară aplicabilă societăților cu personalitate juridică constând în intrarea în lichidare a societății. Observarea și a efectelor nulității relevă că această noțiune se pliază perfect pe o dizolvare judiciară, cu o clauză de salvgardare specifică (dacă motivele au fost înlăturate până la faza concluziilor în fond). Legislația comercială cunoaște noțiunea *dizolvării-sancțiune*. O dezvoltare la acest capitol a iregularităților dezvoltate sub titlul nulității societății putea fi o soluționare alternativă a problemei. Momentul apariției iregularităților – la data nașterii societății

---

[1] Art. 56-59 LS. Caracteristicile nulității societăților au fost surprinse corect de jurisprudență: „Trebuie precizat că, în concepția Legii nr. 31/1990, nulitatea este, în principiu, parțială și remediabilă. Ea nu poate fi declarată în cazul în care cauza ei, invocată în cererea de anulare, a fost înlăturată înainte de a se pune concluzii în fond, la tribunal, iar declararea nulității unei societăți produce efecte numai pentru viitor, ea neavând efecte retroactive". C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 3808/2003, dosarul nr. 3346/2001.

[2] Art. 56 LS.

[3] Art. 57-59 LS.

sau în timpul funcționării ei – poate fi folosit pentru a separa ca domeniu nulitatea societății de instituția dizolvării judiciare. Deși motivele de dizolvare apar de principiu în timpul funcționării, nu putem spune că momentul apariției motivelor ține de esența dizolvării judiciare, ca în cazul nulității. Raportul dintre nulitate societară și dizolvare judiciară este stabilit de lege ca fiind unul etiologic. Nulitatea este cauza, iar dizolvarea efectul, în concepția legii[1]. În acest mod motivele de nulitate, proprii constituirii societății, atrag dizolvarea doar prin medierea instituției nulității societății.

Din conceptul clasic de nulitate, noțiunea de *nulitate societară* studiată nu împrumută decât o premisă: încălcarea unor norme imperative edictate pentru naşterea unor raporturi juridice, izvorul situației concrete fiind naşterea societății cu personalitate juridică.

Analiza domeniului de ocurență pare a nu ridica probleme față de claritatea normei legale: „nulitatea (...) poate fi declarată (...) numai atunci când (...)"[2].

Nulitatea societății, interpretată ca un caz special de nulitate, de natură exclusiv judiciară, poate fi declarată în condițiile stricte ale normei juridice care constituie izvorul juridic al reglementării. Dincolo de motivele legal acceptate și restrictiv interpretate nu poate fi acceptată nulitatea societății cu personalitate juridică.

249. Corelarea dintre nulitatea actului constitutiv și nulitatea societară. Raportul dintre nulitatea actului constitutiv și nulitatea societății nu este elucidat normativ. Redactarea textului legal pare a ignora nulitatea în sine a actului constitutiv al societății și a construi normativ în mod paralel, separat de aceasta. O astfel de abordare dihotomică, nulitatea actului constitutiv (nulitate de drept comun) și nulitatea de drept societar, se loveşte însă de precizia textului. Nulitatea societară are un număr clar, limitativ, de domenii de incidență.

Tratând noțiunile în mod separat se ajunge la posibilitatea declarării nulității actului constitutiv, fără a se ajunge și la nulitatea societății. Soluția este inacceptabilă. Legătura dintre societate și actul său constitutiv este una indestructibilă. Existența societății în afara actului constitutiv nu poate fi imaginată, indiferent de abordarea naturii juridice a societății cu personalitate juridică.

Față de cuprinderea conceptului de societate din Legea nr. 31/1990, grup de persoane aflate într-un raport juridic născut de contractul de societate, căruia îi este conferită prin controlul autorității dimensiunea personalității juridice distincte, existența unei nulități generale, de drept comun, a actului constitutiv subminează baza construcției teoretice societare. Nulitatea actului constitutiv nu poate acționa în afara noțiunii de nulitate societară. Mai mult, nu putem accepta două nulități, ci o nulitate societară care prin caracterul său special absoarbe și nulitatea actului constitutiv.

Limitările induse prin câmpul de ocurență al nulității societare se transferă, prin efectul normei speciale, asupra nulității actului constitutiv. Din această perspectivă specială rămâne de stabilit în ce măsură nulitatea de drept comun a actului constitutiv atrage incidența instituției speciale a nulității societății. Trebuie exclusă, în consecință, o existență independentă a instituției nulității actului constitutiv atât timp cât existența

[1] Art. 227 alin. (1) lit. c) LS.
[2] Art. 56 alin. (1) LS.

valabilă a societății în condițiile declarării nulității actului constitutiv este de-a dreptul absurdă.

În acest context condițiile esențiale (de valabilitate) ale actelor juridice trebuie considerate din perspectiva nulității societății.

250. Condiții de valabilitate a contractelor și cauze de nulitate societară. Cauzele de nulitate a societății, tratate în mod nediferențiat de norma legală, pot fi abordate din prisma elementelor fundamentale care țin de natura societății: voința asociaților și controlul autorității.

Motivele de nulitate care privesc controlul autorității pot fi identificate în: lipsa încheierii judecătorului delegat de înmatriculare a societății și lipsa autorizației administrative de constituire a societății[1]. Acestea sunt unicele motive care privesc controlul autorității, de natură a conferi personalitate juridică societății.

Motivele care privesc voința acționarilor sunt cele de natură pur contractuală. În acest domeniu vom încerca să separăm cauzele ce țin de condițiile de existență, generale, ale contractelor, de cele care țin de contractul de societate.

Privind din prisma condițiilor generale ale contractelor decelăm cauzele de nulitate care țin de forma actului juridic, nerespectarea formei autentice în cazurile prevăzute de lege[2], dar și de condițiile de fond, capacitatea[3], obiectul și cauza[4].

Contractul de societate are o configurare specială trasată prin izvoarele juridice reprezentate de Codul civil și legea privind societățile[5]. În acest punct se afirmă caracterul de nulitate specială a nulității societății (comerciale), respectiv nulitatea societății va fi atrasă doar de normele exprese care privesc: existența denumirii, sediului și a obiectului de activitate, aporturile asociaților și capitalul social subscris și vărsat, valoarea minimă a acestuia și numărul minim de asociați[6].

Normele juridice care configurează contractul de societate nu atrag nulitatea contractului (și a societății, fiindcă am convenit că vorbim de o singură nulitate) decât în cazurile speciale enumerate. Orice alte încălcări nu pot atrage instituția specială a nulității, prin derogare de la dreptul comun, unde încălcarea oricărei norme juridice edictată pentru încheierea valabilă a actului atrage nulitatea. Acest efect restrictiv al nulității societăților este de fapt diferența față de domeniul de aplicare a nulității de drept comun.

Apreciem că nulitatea societară nu ar trebui să poată aduce limitări în niciun fel condițiilor de existență ale contractelor. Condițiile de existență, de formă și de fond,

---

[1] Art. 56 lit. e), f) LS.

[2] Art. 56 lit. a) teza a II-a LS.

[3] Art. 56 lit. b) LS.

[4] Art. 56 lit. c) LS. Textul legal se referă la obiectul de activitate al societății, nu la obiectul contractului. În acest obiect de activitate, licit și conform ordinii publice, se poate verifica însă existența unei cauze cât și a unui obiect licit de aceeași natură. Putem accepta că motivul de nulitate relevat acoperă două din condițiile esențiale ale contractelor: obiectul și cauza.

[5] Art. 7 și 8 LS. Acestea sunt normele care în mod explicit guvernează actele constitutive ale societăților în funcție de specia aleasă. Legea societăților reprezintă însă în ansamblul ei o detaliere a mecanismelor și, indirect, a cuprinsului actelor constitutive ale societăților.

[6] Art. 56 lit. f), g), h) LS.

trebuie să acționeze în continuare, neîngrădit și în privința nulității societăților. Enumerarea cauzelor de nulitate prevăzute de lege (art. 56 LS) nu exclude – ci include implicit, cazuistic – condițiile generale de existență a contractelor.

O „absență" pare a exista totuși în privința condițiilor generale de existență transcrise în cuprinsul nulității de drept societar. Nu am menționat încă modul în care condiția esențială a consimțământului în privința actului constitutiv se regăsește printre cerințele de valabilitate a societății.

251. Problematica consimțământului la încheierea actului constitutiv în materia nulității societare. O primă lectură a normei speciale privind nulitatea societăților nu relevă existența condiției esențiale a consimțământului printre motivele speciale de nulitate. Interpretarea aceasta, restrictivă, aparține și Înaltei Curți de Casație și Justiție (fosta Curte Supremă de Justiție) care s-a ancorat într-o interpretare literală a textului (art. 56 LS) în privința declarării nulității societăților:

„Dreptul comun în materie de societăți comerciale îl reprezintă Legea nr. 31/1990, republicată, care, la rândul ei, în raport cu legea civilă, reprezintă un drept special.

Prin urmare, aprecierea asupra unor cauze de nulitate ale actelor constitutive ale actelor modificatoare și, deci a societății, se raportează la prevederile Legii nr. 31/1990, respectiv la art. 56.

Or, se constată că, printre cazurile enumerate limitativ de art. 56 din Legea nr. 31/1990, nu se regăsește cauza invocată de recurenți, și anume, nesemnarea actului constitutiv sau modificator de toți asociații"[1].

Jurisprudența invocată ajunge la o concluzie extremă: consimțământul exprimat în privința actului constitutiv, incluzând viciile, dar și lipsa lui totală, nu poate atrage în niciun fel nulitatea societății. O astfel de tratare nu mai permite includerea condițiilor de existență contractuale, în bloc, în materia nulității societății. Tocmai condiția consimțământului este exclusă domeniului nulității societății.

Am lăsat neanalizată și neinterpretată o dispoziție din normele speciale studiate [art. 56 alin. (1) lit. a) teza I din Legea nr. 31/1990]. Cazul de nulitate privește „lipsa actului constitutiv". Cauza poate să privească o condiție de formă: cerința formei scrise impuse *ad validitatem* (cerința formei solemne, acolo unde legea o cere, este acoperită de altă cauză de nulitate). Această interpretare nu este de natură să producă efecte practice. Constituirea societăților cunoaște o fază de control al autorității, de gir administrativ de legalitate, care exclude situația constituirii în mod valabil a societății în lipsa unui act constitutiv (în sens de *instrumentum*).

Regăsirea sub sintagma de „lipsa actului constitutiv" a sancționării lipsei acordului de voință, a consimțământului părților din actului constitutiv ni se pare mai aproape de sensul reglementării. Existența unei nulități unice, a actului constitutiv și a societății, și importanța condițiilor esențiale, generale, ale contractelor, ca și identificarea celorlalte condiții de valabilitate în cuprinsul nulității speciale a societă-

[1] C.S.J., Secția comercial, decizia nr. 3808/2003, dosarul nr. 3346/2001 (*www.scj.ro*). În același sens, și o altă decizie: I.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 5319, dosarul nr. 1274/2005, *nepublicată*, cu o motivare eliptică: „niciunul din motivele pe care se fundamentează cererea nu constituie temei de nulitate a societății cum nici a actului său constitutiv prevăzută de Legea nr. 31/1990 (...)" [eventualele obiecții morfologice trebuie îndreptate către redactorii textului (*n.a.*)].

ților ne face să credem că această instituție nu derogă cu nimic de la aceste condiții generale, esențiale.

Lipsa acordului de voință are un asemenea caracter contractual, distructiv, încât ne vine greu să admitem validitatea societății în lipsa consimțământului asociaților. Chiar dacă condiția de valabilitate a consimțământului nu se regăsește expres printre cauzele de nulitate societare, nu putem să acceptăm renunțarea la această condiție esențială fără o exprimare neechivocă.

Regimul nulității de drept comun, al actului constitutiv, poate fi absorbit cu ușurință în materia societară prin acceptarea lipsei sau vicierii acordului de voință ca un caz fundamental de nulitate a societății, prin „lipsa actului constitutiv".

252. Lipsa actului constitutiv, motiv de nulitate a societății. Sintagma „lipsa actului constitutiv" încorporează în mod facil lipsa acordului de voință din prisma accepțiunii juridice a actului, aceea de *negotium*. Înlăturarea impedimentului „lipsei actului constitutiv", negarea juridică a propoziției, implică în primul rând existența actului în sensul de *negotium*, a acordului legal exprimat de voință.

Citită în cheie juridică, sintagma „lipsa actului constitutiv" permite identificarea condiției esențiale a consimțământului în anatomia sa. Interpretarea restrictivă, pur lingvistică, a enunțului ratează tocmai existența juridică a actului, a acordului de voință. Subsecvent îndeplinirii acestei cerințe se poate trece la verificarea existenței formale a actului, a *instrumentum*-ului.

În acest mod existența cerinței esențiale a consimțământului își găsește în mod indirect reflectarea în premisele speciale ale nulității societății.

Interpretat astfel, textul legal prezent nu necesită niciun adaos normativ. Sediul special al materiei ar fi în deplină concordanță cu condițiile de valabilitate ale convențiilor consacrate de dreptul comun.

253. Natura juridică a societății și nulitatea societară. Tratarea nulității societății, în contrapunere cu nulitatea de drept comun, poate fi privită și din perspectiva disputei privind natura juridică a societății, contractuală sau instituțională. Ultima teorie are un număr substanțial mai mare de adepți care își revendică pentru ei modernismul abordării și se sprijină (în mod mai mult sau mai puțin declarat) pe tranșarea în favoarea lor a disputei similare din dreptul francez[1].

Această abordare instituțională poate să ignore problematica nulității actului constitutiv și să trateze distinct nulitatea societății fiindcă în optica ei construcția comercială este autarhică, complet definită normativ și desprinsă de bazele sale contractuale după constituirea societății.

În această viziune nulitatea societății este o instituție independentă, evaluabilă doar în raport cu izvorul său juridic expres. Soluțiile din jurisprudență, citate, respiră cu ușurință în această teorie. Cadrul legal al nulității societății este trasat ferm și restrictiv, fără a permite o scrutare contractuală acolo unde aceasta a fost exclusă din premisă.

---

[1] Legea franceză nr. 85-697 din 11 iulie 1985 a modificat art. 1832 C.civ. în sensul înlocuirii termenului „constituit" cu cel de „instituit", permițând crearea unei societăți prin actul juridic unilateral al unei singure persoane. Intervenția a fost în general interpretată ca o afirmare legislativă a caracterului instituțional al societății comerciale (franceze).

Abordarea contractuală naşte toate întrebările şi dezvoltările anterioare. Supravieţuirea naturii contractuale a societăţii şi după constituirea sa obligă la concilierea motivelor de nulitate societară cu condiţiile generale de valabilitate a contractelor. Percepţia societăţii ca un contract de societate care a dobândit dimensiuni noi prin controlul autorităţii – în primul rând personalitate juridică – impune incidenţa condiţiilor de existenţă ale contractelor, începând cu condiţia de bază a acordului de voinţă.

Dacă consecinţele practice nu ar fi atât de inacceptabile – existenţa legală a societăţii în afara unui acord de voinţă valabil al asociaţilor – nulitatea societăţii ar putea fi contabilizată ca un argument suplimentar în favoarea naturii juridice instituţionale a societăţii cu personalitate juridică.

254. Nulitatea societăţii şi nulitatea modificării societăţii. Nulitatea specială a societăţii ridică şi chestiunea raportului său cu regimul nulităţii modificării societăţii, al modificării actului constitutiv al societăţii. În mod simetric, toate cerinţele de fond şi de formă care privesc constituirea societăţii (condiţii contractuale şi de control al autorităţii) sunt aplicabile şi în cazul modificării societăţii[1]. Aşa cum am discutat despre nulitatea societăţii şi nulitatea actului său constitutiv, se poate discuta şi despre nulitatea modificării societăţii şi nulitatea actului adiţional (când modificarea societăţii are loc în acest mod).

Nulitatea societăţii este o instituţie specială, cu intenţii teleologice clare: protecţia mediului comercial, al terţilor care au contractat cu bună-credinţă cu o societate aflată sub spectrul extincţiei retroactive dictată de nulitate). Modificarea societăţii nu cunoaşte o reglementare sistematică din punct de vedere al nulităţii. În această situaţie rămâne să ne raportăm la instituţia de drept comun chiar dacă la prima vedere o tratare unitară a nulităţii societăţii şi a modificării sale ar putea fi justificată. În lipsa unei instituţii speciale, modificarea societăţii va fi cenzurată prin prisma nulităţii actului adiţional, în prezenţa efectelor comune ale instituţiei nulităţii.

Înlăturarea efectelor unei modificări a societăţii, precum a oricărei înregistrări în registrul comerţului, trebuie să înceapă cu nulitatea actului modificator. După declararea sau constatarea acestei nulităţi efectele modificării vor fi înlăturate deplin pe calea acţiunii în radierea modificării din registrul comerţului[2].

Subsecţiunea a 4-a. Caracteristici şi procedură

255. Nulitatea societăţii, nulitate absolută. Doctrina se interesează de caracterul acestei nulităţi exprese a societăţii[3]. Modalitatea de reglementare, scopurile reglementării şi interesul ocrotit[4] îndrumă spre o nulitate absolută în opinia

---

[1] Formularea veche din legea societăţilor era edificatoare: „actul constitutiv poate fi modificat de asociaţi cu respectarea condiţiilor de fond şi de formă prevăzute pentru încheierea lui valabilă" (art. 199 LS în forma anterioară anului 2003).

[2] Art. 25 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerţului, republicată şi modificată.

[3] *I.R. Motica, M. Bratiş*, op. cit., p. 517-538.

[4] Art. 1247 C.civ. Încălcarea unei dispoziţii legale instituite pentru ocrotirea unui interes general atrage nulitatea absolută. Trebuie ca acest interes să rezulte neîndoielnic din lege.

doctrinei[1]. În privința nulității societății am opinat deja în sensul unei preferințe pentru o nulitate *sui generis*. Dacă refuzăm acestei instituții juridice calitatea de specie a nulității suntem scutiți și de identificarea și raportarea la caracteristicile imanente sau contingente ale nulității. Abordarea noțiunii ca un gen în sine (sau o specie unică a unui gen aparte de sancțiune comercială) ne scutește de căutarea a ceea ce îi este propriu, de *differentia specifica* a nulității societății raportat la genul proxim, sancțiunea de drept comun a nulității. Avantajul de a construi genuri distincte constă în izolarea completă a conceptelor unele de altele. Căutarea genului superior comun se face în interiorul conceptului de sancțiune, nu în cel al genului de nulitate.

În această viziune nici atributul de absolut, nici cel de relativ atașat conceptului *sui generis* nu are vreo relevanță. Acțiunea în sine care are ca obiect nulitatea societății ar trebui atunci să se raporteze la prevederi legale exprese. Elementele acțiunii trebuie verificate separat pentru trecerea testului cuprins de condițiile generale de exercitare. Alături de acestea și prescripția dreptului la acțiune rămâne a fi verificată din prisma caracterizării generale (acțiune nepatrimonială, fără un termen special de prescripție).

Admitem că o asemenea viziune (cum am concluzionat deja în privința teoriei holiste a nulităților) nu a trecut testul jurisprudenței sau doctrinei. Simpla utilizare a termenului de nulitate va împiedica interpretul oficial să se distanțeze de teoria de drept comun a nulităților. Numele și semnele formale au o forță de atracție foarte mare astfel încât după ce ai intrat în câmpul gravitațional al unei asemenea denumiri este foarte greu de evadat; chiar dacă o analiză rece dezvăluie distanța dintre manifestările reale ale noțiunii și denumirea sub care ea este desemnată. În triunghiul din semiotica clasică alcătuit din interpret, denumire (semn) și realitate (obiect)[2] interpretul oficial va fi sedus în primul rând de forța denumirii în detrimentul realității pe care o desemnează. Forța „șamanică" a numelui impune încolonarea în rândul claselor de nulitate ale dreptului comun.

Din perspectiva nulității generale, a nulității contractului, formularea normativă relevă într-adevăr o nulitate absolută, cu consecințele directe în privința legitimării calității procesuale active și a termenului de prescripție în acțiunea în nulitate corespunzătoare. Soluția Codului civil ar putea fi la îndemână, respectiv în cazurile în care natura nulității (nedeclarată de legiuitor) nu reiese în chip neîndoielnic din lege, aceasta este prezumată ca relativă[3]. Dar normele din domeniu nu sunt neapărat îndoielnice în privința interesului apărat de ele. Importanța valorilor juridice ocrotite prin reglementarea nulității societății, ca și incidența lor pe toată perioada de existență a societății, pare să justifice imprescriptibilitatea acestei acțiuni speciale. Soluția din dreptul francez, chiar sub imperiul aceloraşi directive europene este

---

[1] Doctrina este de altfel demult așezată în domeniu. Acțiunea în declararea nulității societății este calificată ca imprescriptibilă. *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 173.

[2] *C.S. Peirce*, Semnificație și acțiune, Ed. Humanitas, București, 1990, p. 268-331.

[3] Art. 1252 C.civ.

diferită[1]. Normele europene nu limitează acest drept la acțiune decât din perspectiva opoziției la care pot avea dreptul terții[2].

256. Incidența și efectele nulității societare. Procedura și efectele nulității societății au o reglementare concisă. Esențial este dreptul de salvgardare instituit în favoarea societății. Contrar esenței nulității care verifică respectarea cerințelor legale la momentul încheierii actului (constituirii societății în acest caz) nulitatea societății acceptă verificarea cerințelor de legalitate și pe parcursul procedurii de nulitate tocmai în vederea acordării posibilității ca motivele de nulitate să fie înlăturate.

Procedura în sine a nulității este strict judiciară (spre deosebire de reglementarea prezentă a nulității contractuale ce admite nulitatea amiabilă), iar momentul final în care are loc verificarea acomodării cu cerințele legale este momentul concluziilor pe fond, la tribunal. Această translatare a momentului la care se raportează „regularitatea" actului (actelor) juridice este bineînțeles improprie instituției nulității. Această nouă anomalie la regimul nulității nu are nici scuza unui comandament european. Sursa este mai degrabă de sorginte franceză[3]. Dreptul francez instituie acest caracter remediabil al nulității societății și merge cu reglementarea mai departe, fixând o procedură completă pentru ca societatea să poată, în mod practic, să înlăture cauzele de nulitate. Chiar din oficiu, instanța fixează un termen pentru remedierea cauzelor de nulitate astfel încât societatea să se bucure de cel puțin un interval de două luni de la sesizarea instanței pentru remedierea cerută în acțiune[4] (instanța nu se poate pronunța prin hotărâre mai devreme de acest termen de la data sesizării sale). Doar după expirarea termenelor legale, sau acordate, instanța este îndreptățită să delibereze.

Deși dispozițiile procedurale din legea română nu detaliază această facultate de salvgardare recunoscută societății supuse acțiunii în anulare, scopul reglementării[5] îndrumă spre aceeași concluzie: instanța va trebui să folosească mijloacele procedurale pentru a permite societății să remedieze motivele de nulitate indicate prin acțiunea introductivă. Acordarea unui termen adecvat pentru regularizarea societății apare ca imperios necesară și în sistemul nostru normativ, chiar în lipsa unei detalieri exprese.

---

[1] Art. 235-9 Codul de comerț (Franța) (*www.legifrance.gouv.fr.*). Termenul de prescripție în materia nulității societății este de trei ani de la data apariției motivului de nulitate, cu excepția nulității speciale bazate pe vicii de consimțământ sau incapacitate care se prescrie în termen de șase luni (art. 235-6).

[2] Directiva 2009/101/CE. Opozabilitatea față de terți a hotărârii judecătorești prin care se pronunță nulitatea este reglementată de dispozițiile generale privind publicitatea actelor și faptelor care privesc societatea comercială. Opoziția terților (dacă este prevăzută de legislația națională) nu poate fi primită decât în termen de șase luni de la publicarea hotărârii judecătorești de anulare (art. 13).

[3] Art. 235-3 și 235-4 Codul de comerț (Franța).

[4] Codul de comerț (Franța), art. 235-4 alin. (2). Termenul se poate extinde astfel încât, în măsura în care este necesară convocarea și deliberarea adunării generale, societatea să aibă timpul obiectiv necesar să procedeze la această acțiune. Există o excepție de la caracterul remediabil, respectiv nelegalitatea obiectului de activitate. În aceasta situație caracterul remediabil al nulității, în dreptul francez, încetează.

[5] Art. 57 LS.

Efectele juridice ale nulității societății sunt unele proprii, la distanță de principiile efectelor nulității din dreptul comun. Efectul direct este de fapt dizolvarea societății[1], cu consecința deschiderii procedurii lichidării sub imperiul legii societăților. Orice efect retroactiv[2], orice repunere în situația anterioară și orice efect asupra actelor juridice subsecvente încheiate de societate[3] sunt înlăturate. Cu alte cuvinte, orice principiu imanent nulității este înlăturat sistematic. Dar forța de sugestie a denumirii de nulitate, atracția semnului convențional de limbaj va împiedeca interpretul să așeze această noțiune în altă parte decât în genul nulităților.

Subsecțiunea a 5-a. Remedierea și nulitatea societății cu personalitate juridică

257. Introducere. Nulitatea societății nu a fost importată din dreptul european pe un teren legislativ arid. Societatea neregulat (nelegal) constituită, societatea de fapt, efectele încălcării cerințelor legale de constituire a societății, sunt teme vechi în doctrina română care au înflorit pe prevederi normative care au evoluat în timp[4].

Situarea societății în afara reglementărilor existente pentru constituirea sa legală împreună cu remediile oferite pentru intrarea în legalitate au fost doar întregite de apariția instituției nulității societății. Inserarea acestei nulități în capitolul[5] de remedii și efecte ale situării societății, de la înființare, în afara legii, apare ca naturală dintr-o perspectivă teleologică.

Regularizarea societății, așa cum o trasează textele normative, este incidentă atât anterior înmatriculării societății[6], cât și în vederea înmatriculării[7] și ulterior înmatriculării societății[8].

258. Acțiunea în regularizare *versus* acțiunea în anulare. Acțiunea în regularizare propriu-zisă este aceea care are ca obiect înlăturarea neregularităților constatate după înmatricularea societății și tinde la obligarea societății la remedierea acestora.

Legătura acestei acțiuni în regularizare cu acțiunea în nulitatea societății este vizibilă. Acțiunea în regularizare este în esență „pozitivă", cu vocație generală,

---

[1] Art. 227 alin. (1) lit. c) și art. 58 alin. (1) și (2) LS.

[2] Art. 58 alin. (1) LS.

[3] Art. 59 alin. (1) și (2) LS.

[4] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, op. cit., p. 91-125.

[5] Legea nr. 31/1990, Titlul II, Capitolul IV (*Efectele încălcării cerințelor legale de constituire a societății*).

[6] Art. 46 LS. Lipsa mențiunilor impuse de lege sau încălcarea acesteia prin actul constitutiv sau neîndeplinirea unei cerințe legale pentru constituirea societății reprezintă impedimente majore la înmatricularea societății care pot fi regularizate de asociați până în momentul pronunțării încheierii judecătorului delegat asupra înmatriculării societății.

[7] Art. 47 LS. Neînmatricularea societății, din culpa reprezentanților societății, dă dreptul oricărui asociat (după notificarea celor în culpă și trecerea unui termen de opt zile) să regularizeze societatea de fapt prin solicitarea înmatriculării societății.

[8] Art. 48 LS. Situațiile sunt observate și tratate diferențiat în doctrină, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 171.

nepatrimonială (putând deveni acțiune patrimonială atât prin transformarea obligației de a face, cât și în mod accesoriu, prin acțiunea alăturată, în „pretenții") și prescriptibilă. Finalitatea ei este înlăturarea neregularităților prin „obligarea la înlăturare", nu are efectul sancționator al nulității, nu conduce niciodată la încetarea persoanei juridice. Precum în cazul oricărei acțiuni având ca obiect „obligația de a face", neîndeplinirea ei poate da dreptul la dezdăunare atunci când nici daunele, nici penalitățile nu au constrâns la executare. Acțiunea patrimonială subsecventă[1] este recunoscută expres de lege.

Vocația acțiunii în regularizare este generală fiindcă nu sunt impuse limite în privința obiectului regularizării. Orice neregularitate poate face obiectul acțiunii în regularizare. Acțiunea este prescriptibilă prin declarația expresă a legii care instituie un termen special de prescripție[2].

În contrapunere cu această acțiune în regularizare, acțiunea în nulitatea societății este „negativă", de aplicare specială (restrânsă normativ), nepatrimonială și imprescriptibilă.

Reglementarea „negativă" fixează caracterul sancționator (limitat) al acțiunii în nulitate. Finalitatea acțiunii, efectul său specific (cu atenuarea puternică dată de remedii, de acțiunea de regularizare voluntară) este încetarea persoanei juridice în contextul expres al efectelor acestei instituții juridice (dizolvare urmată de lichidare).

Față de aceste caractere natura celor două acțiuni este diferită, complementară. Scopurile lor sunt opuse: încetarea persoanei juridice pentru nulitate și prezervarea în condiții de legalitate a persoanei juridice pentru regularizare. Perioada lor de coexistență este dată de termenul de prescripție al acțiunii în regularizare. În această perioadă, persoana care probează un interes are alegerea deplină între acțiunea pozitivă (de regularizare) și cea negativă (în nulitate)[3]. Cu observarea faptului că acțiunea în anulare are un obiect strict limitat astfel încât nu orice acțiune în regularizare (de vocație generală) are rezervată și o acțiune în nulitate.

După împlinirea termenului de prescripție a acțiunii în regularizare, opțiunea dispare, singura acțiune disponibilă fiind acțiunea în nulitate. Cu adaosul că regularizarea, deși nu mai este disponibilă pe cale principală, rămâne disponibilă pe cale de apărare, pe cale de „excepție" dacă este acceptabil juridic. De data aceasta societatea este cea care are la îndemână excepția de regularizare (relativă, față de modul de incidență, și dilatorie) pentru a putea să contracareze acțiunea în nulitate. Regularizarea pe cale de excepție (păstrând regula generală de această dată) este imprescriptibilă, societatea putând utiliza această apărare în mod nelimitat în timp, pentru înlăturarea cauzelor relevate prin acțiunea în nulitate a societății.

În acest mod regularizarea, la origine o acțiune la îndemâna oricărei persoane care probează un interes, este și rămâne și o excepție la îndemâna societății în acțiunea în nulitate îndreptată împotriva ei.

---

[1] Art. 49 LS.

[2] Art. 48 alin. (3) LS.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 174. În cazul concursului între cele două acțiuni este acordată întâietate acțiunii „pozitive", în regularizare.

Subsecțiunea a 6-a. Limitele instituției nulității societății

259. Aplicabilitatea instituției nulității societare. Instituția nulității societății, indiferent de clasificarea și calificarea ei, are un domeniu de incidență limitat la premisele fixate normativ. Abordarea algoritmică a textului legal a funcționat de obicei în această direcție, cu considerarea întocmai a ipotezelor legii și a efectelor generate de aplicarea nulității societății. Acțiunile în nulitate având ca obiect societatea și-au găsit rezolvarea judiciară prin suprapunerea lor pe șablonul legislativ. În caz de abatere cât de mică de la acest calapod legislativ instanțele de judecată au considerat sancțiunea nulității societății ca inaplicabilă. Mai mult, apreciind absorbția totală a cauzelor de nulitate a actului constitutiv în nulitatea societară au aplicat același șablon și în cazul cererilor având ca obiect nulitatea actului constitutiv. Această aplicare algoritmică elimină sistematic orice incidență a nulității de drept comun.

Scopul reglementării nulității societății este puternic conturat: limitarea cauzelor de încetare a societății ca urmare a neobservării dispozițiilor legale privind constituirea societății, protecția terților în fața unui regim de drept comun al nulității care prin vocația retroactivă are un potențial perturbator al raporturilor juridice economice.

În măsura în care însă nulitatea actului constitutiv nu tinde la extincția societății și la perturbarea unui circuit juridic comercial normal, aplicarea nediferențiată a nulității societății nu-și mai are nicio rațiune de aplicare. O asemenea situație apare în cazul nulității parțiale a actului constitutiv.

260. Nulitatea parțială a actului constitutiv. Aprecierea privind dependența dintre nulitatea actului constitutiv și nulitatea societății are o limitare clară: este vorba de nulitatea totală a actului constitutiv. În cazul unei nulități parțiale cele două noțiuni trebuie decuplate, fiecare urmând regimul său legal. În cazul unei nulități parțiale a actului constitutiv ființa societății nu este atinsă[1] și rațiunea reglementării nulității societății încetează. În afara instituției nulității societății nu dispare în mod absolut orice fel de nulitate din reglementarea societăților. În mod natural trebuie să regăsim regimul de drept comun al nulității, normele și principiile comune care au fost înlăturate în câmpul său de acțiune de instituția nulității societății.

Un argument al absorbirii de către nulitatea societății doar a nulității totale a actului constitutiv găsim chiar în reglementarea legală. Astfel, în cazul incapacității fondatorilor[2], incidența nulității societății este limitată la situația în care toți fondatorii sunt atinși de incapacitate. În restul situațiilor – dacă doar unii dintre fondatori sunt incapabili de exemplu, lucru care echivalează totuși cu lipsa unui element esențial al actului juridic multilateral – nulitatea societății, în mod explicit legal, nu acționează.

În privința restului de motive de nulitate a societății cu incidență statutară, ele se bazează pe elemente esențiale ale actului constitutiv în lipsa cărora raportul juridic societar nu ar putea supraviețui nici măcar parțial, prin extincția prevederii atinse de nulitate.

---

[1] Art. 1255 C.civ. În declarația Codului nulitatea este o sancțiune excepțională care înlătură toate efectele actului doar dacă prevederile contrare actelor imperative sunt prin natura lor esențiale, dacă contractual nu poate supraviețui înlăturării lor. Nulitatea parțială devine regula contractuală.

[2] Art. 56 lit. b) LS.

Nulitatea parțială a actului constitutiv nu este epuizată de cazul incapacității unora dintre fondatori. Slăbiciunea majoră a construcției nulității societății – lipsa condiției esențiale a consimțământului din actele constitutive – revine și în privința nulității parțiale.

Am reprodus deja interpretarea algoritmică a instanțelor de judecată în privința excluderii lipsei consimțământului acționarilor la încheierea actului constitutiv din perimetrul de aplicare a nulității societății. Întrebarea este dacă o astfel de neregularitate privind consimțământul, fără a atrage nulitatea societății, nu este de natură a atrage nulitatea parțială a actului constitutiv și redimensionarea pactului societar multilateral prin eliminarea subiectului de drept care nu este în mod legal parte la constituirea societății.

261. Nulitatea parțială a actului constitutiv, nulitate de drept comun. Nulitatea parțială a actului constitutiv al societății este cu adevărat străină de nulitatea societății. Nu putem accepta teza după care nulitatea societății a infestat întregul domeniu societar și nu mai poate exista nicio nulitate cu incidență societară dincolo de această instituție specială. Instituția nulității societății, indiferent de natura și calificarea ei, nu poate acționa dincolo de domeniul strict rezervat ei.

Cazul cel mai întâlnit este acela al invocării lipsei sau vicierii consimțământului unei părți la încheierea actului constitutiv[1]. În fața unei asemenea situații nulitatea actului constitutiv poate fi una totală sau parțială. Teoretic actul constitutiv, act juridic multilateral, poate fi salvat prin izolarea și înlăturarea efectelor doar în privința persoanei în cazul căreia nu sunt satisfăcute toate condițiile esențiale ale contractului. Nulitatea parțială a actului constitutiv nu este, bineînțeles, una automată. În privința societăților de persoane s-ar putea susține că nulitatea actului constitutiv pentru nevalabilitatea angajării juridice a unui asociat este întotdeauna totală, în virtutea caracterului personal al obligațiilor asumate, obligații care au în vedere persoana tuturor asociaților. În acest caz, chiar dacă societatea ar putea continua cu restul asociaților (în caz de nulitate parțială) se poate susține necesitatea unei noi exprimări de voință care să confirme această stare de fapt, exprimare de voință ce ar echivala cu un nou pact societar. Societățile de capitaluri, aflate la polul opus, permit construcția unei nulități parțiale urmate de continuarea raportului juridic societar cu acționarii rămași. Estomparea acceptată de către acest șablon societar a persoanei acționarilor poate permite incidența nulităților parțiale în privința unora dintre acționari. Regula nu poate fi însă una absolută. În măsura în care numărul acționarilor ar scădea sub minimul legal sau capitalul social rămas prin restituirea de aporturi ar scădea, la rândul său, sub minimul legal caracterul parțial încetează, actul constitutiv neputând fi salvat[2].

---

[1] Doctrina și jurisprudența clasică considera unanim lipsa consimțământului ca o nulitate absolută, nefiind vorba de o viciere care să atragă o nulitate relativă. Concepția Codului civil este diferită, atât capacitatea și consimțământul părților atrăgând anulabilitatea contractului, nu nulitatea lui (art. 1251 și 1205 C.civ.).

[2] Remediile legale există și în aceste cazuri chiar în materia nulității societății. Regularizarea societății prin refacerea capitalului social, respectiv creșterea numărului acționarilor înlătură nulitatea societății. Aceste condiții sunt prezente și în materia dizolvării societății, cu prevederea aceloraşi remedii (art. 10, 227 și 228 LS).

În funcție de calificarea particulară, în nulitate totală sau parțială, urmează a se face aplicarea instituției nulității societății, respectiv incidența art. 56 din Legea societăților[1] sau, în cazul nulității parțiale, înlăturarea instituției nulității societății și revenirea fără rezerve la dreptul comun, la principiile efectelor nulității actelor juridice care urmează să se aplice în mod deplin.

Abordarea jurisprudenței este diferită. Punctul de vedere al jurisprudenței concură spre aplicarea generală, în materie societară, a nulității societății, cu aplicarea algoritmică a motivelor „premise" de nulitate. Lipsa situației particulare analizate din premisa explicită a nulității societății, așa cum este ea reglementată, atrage soluția ne-pronunțării nulității societății[2] (a oricărui tip de nulitate[3]).

---

[1] Art. 56 lit. a) din Legea nr. 31/1990. Lipsa consimțământului atrage nulitatea actului constitutiv, situație care reprezintă o „lipsă" a actului constitutiv în sens de *negotium*, cu aplicarea sancțiunii nulității societății comerciale (prima ipoteză din norma privind nulitatea societară). Soluția nu este acceptată de instanțele judecătorești. Cu titlu de exemplu de jurisprudență: C.A. Brașov, decizia nr. 229/A/2007, dosarul nr. 1602/62/2006 (*nepublicată*), irevocabilă prin respingerea recursului de către Înalta Curte de Casație și Justiție (decizie din data de 5.06.2008): „Pornind de la aceste fundamente Curtea constată că motivul de nulitate invocat nu se încadrează în cele limitativ prevăzute de Legea nr. 31/1990 după modificarea survenită prin O.U.G. nr. 32/1997. Astfel, lipsa consimțământului este o cauză de nulitate de drept comun care nu are eficiență în materie societară". O astfel de concluzie șocantă este rezultatul aplicării algoritmice a unui text de lege.

[2] C.A. Brașov, decizia nr. 202/A/2007, dosarul nr. 1431/62/2006, irevocabilă. Reluând motivarea Tribunalului, instanța reține că: „dacă în cazul nulității totale a actului constitutiv care are drept consecință nulitatea societății conform art. 56 lit. a) din Legea nr. 31/1990, legea prevede că efectele nulității nu se produc retroactiv, operând deci pentru viitor, pentru identitate de acțiune [*formularea din motivare (n.n.)*], în cazul nulității parțiale a actului constitutiv efectele nu se pot produce decât pentru viitor, deoarece și situațiile de nulitate parțială a actului constitutiv pot aduce atingere drepturilor eventualilor terți creditori ai societății pârâte, care, prin restituirea unui bun adus ca aport la capitalul social și/ar vedea micșorat gajul general. Or, instituirea efectelor *ex nunc* ale nulității în cazul societăților este făcută în interesul părților". O asemenea motivare este edificatoare și pentru modul cum nu trebuie aplicată analogia în drept.

[3] C.A. Brașov, decizia nr. 132/A/2006, în Culegere de practică judiciară în materie comercială, de contencios administrativ și fiscal pe anul 2006 (seria Jurisprudență), Curtea de Apel Brașov, Ed. Hamangiu, București, 2007: „Tribunalul Covasna (...) a admis acțiunea formulată de reclamantul M.F. în contradictoriu cu pârâții C.S.F. și C.M., precum și SC «N.» SRL, a constatat nulitatea parțială a contractului de societate a SC «N» SRL autentificat sub nr. 3562/2000 cu privire la imobilul aport în natură și a anulat încheierea nr. 2128/2001, dispunându-se radierea dreptului de proprietate al societății pârâte asupra imobilului menționat, cu revenirea la situația anterioară, prin înscrierea dreptului de proprietate în CF pe numele vechilor proprietari, pârâții C.S.F. și C.M. (...). Acțiunea în declararea nulității societății este imprescriptibilă, nulitatea operând pentru cauzele enumerate și limitativ prevăzute de lege, prin derogare de la dreptul comun, nulitatea producând efecte *ex nunc*, consecința fiind lichidarea societății în condițiile Legii nr. 31/1990, republicată și modificată. Din rațiunile instanței de fond a rezultat că nu ne aflăm în situația acțiunii în regularizare, întemeiată pe art. 48 alin. (3) din Legea nr. 31/1990, în speță fiind aplicabil art. 56, dar în mod indirect, pe calea unei acțiuni pauliene, pentru cauză ilicită privind fraudarea creditorului M.F. Nu poate fi primită ca și cauză de nulitate absolută a contractului de societate autentificat cu încheierea nr. 3562/28.12.2000 de către B.N.P. «S.M.», fraudarea interesului creditorului, întrucât transmiterea dreptului de proprietate privind fondul

Ceea ce vrem să subliniem este faptul că în opinia noastră instituția nulității societății nu a confiscat orice incidență în domeniul societar a nulității de drept comun, precum nulitatea parțială a actului constitutiv.

262. Modificarea societății cu personalitate juridică. Modificarea societății ridică la rândul ei probleme din perspectiva instituției nulității societății, relevate anterior. Dreptul românesc a ales să nu facă nicio referire la nulitatea *modificării societății* odată cu tratarea nulității societății[1]. În acest mod, nulitatea modificării societății nu este reglementată expres de lege. Şi nu este deloc un lucru regretabil. Actul modificator al actului constitutiv va fi cel care va suporta sancțiunea de drept comun a nulității. Modificarea efectivă a societății va fi înlăturată în condițiile înregistrării în registrul comerțului a hotărârii judecătoreşti privind nulitatea actului modificator sau în urma acțiunii în radiere reglementată de normele privind organizarea şi ținerea oficiului registrului comerțului – dacă hotărârea amintită nu prevedea deja înregistrarea în registrul comerțului[2]. Reglementarea înlătură un formalism inutil, respectiv înregistrarea în registrul comerțului şi caracterul executoriu al hotărârii privind nulitatea actelor modificatoare realizează în întregime cerințele de publicitate şi produce toate efectele în privința înlăturării modificării nelegale a societății, fără recursul la acțiunea în radiere (în cazul când înregistrarea în registru a fost dispusă deja) care rămâne subsidiară şi complementară pentru acțiunea în nulitatea actelor juridice care au stat la baza modificării societății.

Şi modificarea societății include un mănunchi de acte juridice de drept privat şi public, de la hotărârea adunării generale a acționarilor sau a organului de administrare

---

de comerț, ca aport în societatea comercială, se deosebeşte de vânzarea fondului de comerț. Acest act nu comportă un preț în schimbul fondului de comerț, asociatul urmând să primească părți sociale. Nefiind o vânzare, transmiterea fondului de comerț ca aport în societate, e cârmuită de regulile privind constituirea societăților comerciale. Rezultă că *singura posibilitate de constatare a nulității poate opera în condițiile art. 56 din Legea nr. 31/1990 pentru cazurile de nulitate expres şi limitativ prevăzute.* Or, fraudarea intereselor creditorilor personali ai asociaților nu se regăseşte printre cazurile prevăzute, astfel încât acțiunea întemeiată pe art. 56 nu este fondată, iar acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 975 C.civ. urmează a fi respinsă ca inadmisibilă. Chiar şi în contextul în care ne-am fi regăsit în unul din cazurile reglementate de art. 56, consecința nulității absolute ar fi încetarea existenței societății SC «N.» SRL şi intrarea ei în lichidare în condițiile art. 58 din Legea nr. 31/1990, republicată, şi nicidecum anularea încheierii nr. 2128/2001 şi radierea dreptului de proprietate a societății pârâte, întrucât efectele nulității nu operează retroactiv. (...) Aşa fiind, şi față de împrejurarea că instanța este ținută să dea acțiunii calificarea juridică corectă, reținem că *acțiunea în constatarea nulității absolute parțiale a contractului de societate* autentificat sub nr. 3562/28.12.2000 de către B.N.P. «S.M.», în ce priveşte imobilul – aport în natură pe numele SC «N.» SRL – este un litigiu de natură comercială, ce a fost judecat fără încălcarea normelor de competență".

[1] Dreptul francez a ales o tratare simultană a celor două nulități în condițiile plasării lor în contextul nulității generale, contractuale (art. 235-1 Codul de comerț). Nulitatea societății comerciale sau a unui înscris modificator al actului constitutiv poate rezulta din prevederile exprese ale legii sau din principiile de nulitate a contractelor.

[2] Art. 25 alin. (1) din Legea nr. 26/1990.

până la încheierea judecătorului delegat de înregistrare a modificării. Deşi modificarea societății nu aduce atingere personalității juridice a societății, prin această operațiune pot fi atinse toate elementele esențiale ale unei societăți. Nulitatea modificării unei societăți nu a fost asimilată însă cu încetarea societății cu personalitate juridică însăşi fixând şi ea încă o limită, de data aceasta acceptată fără rețineri de jurisprudență, a nulității speciale a societății.

Teme de dezbatere şi teste

A. Teme de dezbatere

1. Societatea simplă este tratată în interiorul materiei contractelor speciale de Codul civil. Legiuitorul nu face nicio trimitere la reglementarea întreprinderii şi a profesionistului. În privința societății simple izvorul normativ tratează patrimoniul social, capitalul social, dar nu reglementează explicit aceste noțiuni ca subsumându-se diviziunilor patrimoniale şi patrimoniilor de afectațiune care pot fi create doar în condițiile legii, nu prin voința subiectelor de drept.

Poate fi tratată societatea simplă din perspectiva întreprinderii economice? Referirile normative la capitalul social şi patrimoniul social, cu regimul său recunoscut de garanție principală pentru creanțele terților ce instituie o ordine obligatorie de urmărire (asociații pot fi urmăriți doar în subsidiar şi limitat), sunt suficiente pentru calificarea patrimoniului social ca patrimoniu de afectațiune al societății simple?

2. Reglementarea materiei fiduciei şi a substituției fideicomisare au anumite puncte comune. În mod declarat instituitului din materia substituției fideicomisare i se aplică regimul normativ al fiduciarului. Observarea dreptului anglo-saxon care dezvăluie pentru materia fiduciei (*trust*) două specii, respectiv *inter vivos* (cu corespondentul român al fiduciei) şi *mortis causa* (corespondentul român al substituției fideicomisare este mai cuprinzător, privind de fapt liberalitățile, inclusiv donațiile), permite obținerea unei viziuni integratoare.

Justifică apropierea dintre fiducie şi substituția fideicomisară tratarea împreună a instituțiilor? Poate fi considerată substituția fideicomisară o suplinire a lipsei din dreptul nostru a fiduciei instituită prin legat? Care sunt diferențele dintre cele două instituții juridice?

3. Administrarea bunurilor altuia, o instituție juridică calchiată după modelul canadian (care preia influențe anglo-saxone în reglementarea acestei instituții) aduce în sistemul normativ intern un set de obligații cu rădăcini vechi în sistemul de common law: *obligația de loialitate, obligația de diligenta, onestitate şi competență, obligația investirii prudente etc.*

Pot constitui obligațiile arătate un model şi pentru un fiduciar? Reprezintă de fapt administrarea drepturilor altuia o reglementare comună şi pentru materia fiduciei?

4. Dreptul comercial preia sancțiunea civilă a nulității, ca toate subramurile de drept civile, folosind-o fără o redefinire față de singurul izvor normativ prezent din materia contractuală. Nulitatea persoanei juridice este adaosul de drept civil inspirat de nulitatea societăților cu personalitate juridică care confirmă contaminarea comercială a dreptului civil. Societatea simplă preia și ea sancțiunea nulității.

Reprezintă aceste nulități – privind societatea simplă și persoana juridică – o sancțiune civilă derivată sau doar înrudită cu nulitatea de drept comun? Care sunt punctele comune și deosebirile.

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Societatea simplă. Constituire și funcționare.
2. Administrarea societății simple.
3. Nulitatea și încetarea societății simple.
4. Contractul de fiducie. Drepturile și obligațiile fiduciarului.
5. Masa patrimonială fiduciară si răspunderea fiduciarului.
6. Obligațiile administratorului în cazul administrării bunurilor altuia.
7. Răspunderea și descărcarea de gestiune a administratorului.
8. Nulitatea persoanei juridice.
9. Efectele nulității contractuale și efectele nulității societare.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Societatea simplă este întotdeauna lipsită de:
a) personalitate juridică;
b) capital social;
c) administratori.

2. Masa patrimonială fiduciară este:
a) o diviziune a patrimoniului constituitorului administrată de fiduciar;
b) o diviziune a patrimoniului beneficiarului administrată de fiduciar;
c) o diviziune a patrimoniului fiduciarului administrată de acesta ca un proprietar.

3. Administratorul bunurilor altuia administrează:
a) unul sau mai multe bunuri;
b) o masă patrimonială;
c) un patrimoniu distinct.

BCU IAȘI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie specifică

Baias, Fl.A., Chelaru, E., Constantinovici, R., Macovei (coord.), I., Noul Cod civil. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2012.

Beleiu, Gh., Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, ed. a V-a, Ed. Casa de Editură și Presă „Șansa" SRL, București, 1998.

Boroi, G., Anghelescu, C.A., Curs de drept civil. Partea generală, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2012.

Boroi, G., Stănciulescu, L., Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2012.

Gheorghe, C., Nulități de drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010.

Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., Tratat de drept civil român, vol. III, Restitutio, Ed. All, București, 1998.

Nemeș, N., Drept comercial. Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2012.

Nicolae, M., Codex iuris civilis, tomul 1 (noul Cod civil), ed. critică, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

Stănciulescu, L., Nemeș, V., Dreptul contractelor civile și comerciale în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2013.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL V
Societatea cu personalitate juridică. Reguli generale. Constituire

Cuprins

Capitolul I. Introducere
Capitolul II. Voința asociaților, punctul de plecare în constituirea societăților
Capitolul III. Reguli comune aplicabile societăților cu personalitate juridică
Capitolul IV. Societatea – persoană juridică
Teme de dezbatere și teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Introducere

263. Percepția societății. Societatea, ca reflexie a asocierii în vederea desfășurării în comun de activități, a avut reprezentări normative cu tradiție în dreptul privat. Codul civil a modernizat semnificativ reglementarea societății, pe care și-a asumat-o odată cu înglobarea vechiului drept comercial. Societatea simplă, în forma normativă prezentă, este un arhetip al desfășurării activității economice, o instituție pur comercială, așa cum nu spera vechiul drept comercial. Scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta[1], scopul lucrativ declarat al societății prezente ne plasează direct în domeniul întreprinderilor economice proprii dreptului comercial. Legătura realizată de Codul civil cu societățile cu personalitate juridică asigură unitatea materiei societare, nucleul ce asigură identitate dreptului comercial, intim legat de creațiile normative proiectate pentru desfășurarea activităților economice. Evoluțiile comerciale moderne au statuat superioritatea societăților cu personalitate juridică, avantajul lor competițional față de întreprinderile individuale sau colective simple. Orice dezvoltare economică a întreprinderii găsește calea spre o organizare superioară care să-i asigure plenitudinea de exprimare și afirmare în raport cu întreprinderile existente și bine poziționate pe o piață. Evoluția societății reia calea modernizării istorice a cadrului societar așa cum în biologie se afirmă că ontogenia recapitulează filogenia[2]. Astfel, o întreprindere tipică începe sub o formă individuală sau colectivă simplă, evoluează spre o formă cu personalitate juridică, spre forma societară superioară a societății pe acțiuni pentru a ajunge la listare, la tranzacționare pe o piață reglementată care să asigure profit pentru fondatori și orizonturi noi de expansiune pentru societatea în sine. În acest fel societatea urmează treptele modernizării societare și profită de formele juridice instituite pentru un cadru modern de desfășurare a activității economice.

Nu trebuie uitat însă că societatea nu este un scop în sine, ci un instrument necesar pentru dezvoltarea activităților economice. Din această perspectivă reglementarea civilă nu face decât să adauge norme, multe redundante, unei reglementări și așa destul de prolixă. Scopurile finale economice reclamă o simplificare a codexului societar în acord cu nevoile destinatarilor și, mai ales, o stabilitate normativă[3]. Aflată sub presiunea reglementărilor europene sau a influențelor anglo-saxone, legea societăților este destul de expusă modificărilor, de multe ori conjuncturale, fără urmărirea unei reforme reale societare.

---

[1] Art. 1881 alin. (1) C.civ.

[2] Teza este una frumoasă: dezvoltarea individuală (a fătului de exemplu), ontogenia, urmează în mod accelerat dezvoltarea speciei în sine, filogenia (autor *Ernst Haeckel*). Susținerea nu este una probată științific.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., p. 698.

BCU IAȘI - CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

264. Aparența persoanei juridice. *Societățile cu personalitate juridică*, sintagma greoaie și depersonalizată impusă de reglementarea prezentă, preiau în totalitate moștenirea normativă și doctrinară a fostelor *societăți comerciale*. De ceva timp, după libertatea economică statuată prin noua ordinea constituțională de după 1989, ele au devenit o prezență constantă în realitatea cotidiană. Obstinația cu care își fac simțită prezența în percepția comună a reușit să le dea un contur aproape material. Sediile sociale, firmele și emblemele, organele de conducere sunt elemente de ancorare în concret care demitizează construcțiile juridice abstracte precum personalitate juridică, patrimoniu, capacitate sau voință juridică.

Trecând de acest prim nivel profan de percepție și continuând explorarea mediului societar, orice interacțiune cu societatea, orice raport juridic născut, în care aceasta este parte, relevă reprezentanții săi, persoanele prin care societatea intră în raporturi juridice[1]. Începând de la persoanele cu puteri de reprezentare reduse, limitate la comerțul obișnuit al societății – prepușii, agenții, mijlocitorii – până la nivelurile de reprezentare superioare, directorii și președintele Consiliului de Administrație, eventual membrii directoratului societății. Acest nivel reprezintă în percepția mediului în care evoluează societatea, autoritatea societară supremă, societatea însăși.

Percepția nu este foarte departe de realitate. Autoritatea și voința supremă exterior percepută în reprezentanții societății este una reală și juridic fundamentată, numai că ea nu emană din însăși persoana reprezentanților. Ei nu formează voința societății, ci numai o reflectă, sunt purtătorii ei temporari.

Motorul ultim al societății, adesea insesizabil publicului, este reprezentat de asociații acesteia. De aici emană voințele individuale care mixate după rețetele statutare și normele legale dau naștere acelei voințe unice reflectată în persoana reprezentanților societății.

Persoana asociaților este ultimul resort al unei aprofundări gradate venită din exteriorul structurii societare.

265. Realitatea persoanei juridice. Reglementarea normativă a societăților cu personalitate juridică străbate în principiu drumul invers. De la persoana asociaților la pactul constitutiv particular, dar predefinit limitativ, reprezentat de actul constitutiv, până la persoana juridică în sine.

Nașterea societății, cu reprezentanții săi, nu anulează rolul asociaților. Creează doar alte raporturi. Prin nașterea societății apare, alături de voințele independente ale asociaților, o voință nouă, a societății însăși. Deși această voință nu este în mod natural independentă de voințele originare ale asociaților, este una distinctă.

Respectând formula legală și statutară voința socială distinctă topește într-o substanță unică, înglobează voințele asociaților. Ponderile voințelor particulare ale asociaților vor fi diferite, până la acapararea totală a voinței sociale de un singur asociat. Chiar și atunci, cel puțin din perspectiva juridică, voința societății va fi una diferită de voința oricărui asociat; fiindcă transferurile titlurilor de participare la capitalul social și situațiile particulare nu pot aduce atingere cadrului general și abstract al societății cu personalitate juridică.

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 1.

Orice modificare sau decizie importantă a societății face apel obligatoriu la cauza sa ultimă, asociații săi. Rolul asociaților în viața și evoluția ulterioară a societății este unul bivalent. O primă ipostază este aceea de componentă a voinței sociale, distinctă, de natură a se exprima separat și a produce efecte juridice asupra patrimoniului societății. A doua ipostază este una pur contractuală. Asociații pot hotărî, prin voințele lor în condițiile legii, modificarea cadrului juridic originar reprezentat de actul constitutiv. În această ultimă ipostază voințele asociaților nu mai creează o voință nouă, ci se exprimă în virtutea calității lor și a prerogativei care subzistă în persoana lor de modificare a unui raport juridic căruia i-au dat naștere.

Societatea cu personalitate juridică este intim legată de actul său constitutiv, dar nu se confundă cu acesta. Asociații sunt cei ce guvernează exclusiv nașterea, modificarea și încetarea acestuia.

Secțiunea 1. Reglementare

266. Cadru general. Vocația aplicării prioritare a dreptului european[1] trimite la cadrul normativ derivat al directivelor si regulamentelor europene. Regimul societar este unul avut în vedere de legislativul european în scopul unei uniformizări normative europene din ce în ce mai accentuate. Corpusul directivelor de drept societar, ca și regulamentele privind formele societare unitare pe tot cuprinsul Uniunii, au fost integrate sau se aplică în mod direct în dreptul intern[2]. Întreg dreptul societar este puternic influențat de legislația secundară europeană deși ascendența directă scapă uneori observării. Ambiția, realizată din punct de vedere al tratatelor europene, unei piețe interne europene este vizibilă în privința actorilor economici ai acestei piețe: societățile.

Dincolo de izvoarele europene, deja implacabile, materia societară se bucură în prezent de codificarea voit unitară a materiei în Codul civil. În prezent reglementarea contractului de societate și a societății simple reprezintă dreptul comun în materie societară[3]. Soluția este una generoasă, dar redundantă față de ignorarea ei (din considerente de cronologie normativă) de către legislația secundară. Legea societăților nu putea să se bucure de această bază normativă comună cât timp Codul civil este posterior și tributar, nu independent și necesar pentru reglementare. Și reglementarea persoanei juridice, modernă și completă, este ulterioară și exterioară materiei societăților speciale. Asumarea ei de către Codul civil era necesară, înglobând norme generale privind instituții fundamentale precum capacitatea juridică sau ocrotirea drepturilor nepatrimoniale ale persoanelor juridice[4]. Aplicabilitatea lor generală este indiscutabilă, inclusiv în materia societăților.

---

[1] Art. 5 C.civ. Normele dreptului Uniunii Europene se aplica în mod prioritar, indiferent de calitatea sau statutul părților.

[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit.

[3] Art. 1887 C.civ.

[4] Art. 205, 206 și 257 C.civ.

267. Legea societăților. Constituirea, funcționarea și încetarea societăților cu personalitate juridică își găsesc izvorul de drept principal în legislația societăților[1]. Această reglementare a rămas exterioară Codului civil și reprezintă în continuare o tratare autonomă și completă a dreptului societar. Dispozițiile aplicate asociaților în dreptul comun al societăților simple vor fi incidente în materia societăților cu personalitate juridică doar în tăcerea legii speciale, care se prezintă totuși mai degrabă ca exhaustivă și autarhică.

268. Legi speciale. *Legea registrului comerțului*[2] asigură nu mai protecția și informarea terților ci în primul rând un cadru de înregistrare și informare pentru asociați. Voințele asociaților concretizate în actele constitutive și în modificările ulterioare ale acestora își realizează plenitudinea efectelor după înregistrare în registrul comerțului. Cvasi-totalitatea căilor de atac puse la îndemâna asociaților și terților se nasc de la data realizării publicității prin Monitorul Oficial, registrul comerțul fiind depozitarul, filtrul și pârghia prin care activitățile economice își găsesc recunoașterea efectelor lor.

Modificările privind simplificarea formalităților administrative pentru înregistrarea și autorizarea funcționării persoanelor supuse înregistrării asigură satisfacerea unitară a obligațiile comerciale și fiscale de înmatriculare prin intermediul unei interfețe unice între aceștia și autoritățile de reglementare, reprezentate de *biroul unic* din cadrul oficiilor registrului comerțului de pe lângă tribunale.

Un alt izvor juridic esențial în materie este reprezentat de *legislația privind valorile mobiliare și bursele de valori*[3]. Legea definește piețele reglementate, participanții la realizarea funcțiilor sale, dar și particularitățile emitenților, societăți pe acțiuni cu o organizare și reglementare superioară.

Anumite activități economice se bucură de o atenție normativă sporită, astfel încât persoanele de drept autorizate să le exercite au o reglementare specială: instituțiile de credit, activitatea și intermedierea în domeniul asigurărilor, valorilor mobiliare etc.[4]

Alte reglementări în domeniu țin de identificarea unor interese sociale și economice generale de a căror protecție se îngrijesc în mod special autorități administrative abilitate: Consiliul Concurenței, Oficiul pentru protecția consumatorului etc.

Secțiunea a 2-a. Voința socială și voința asociaților

269. Cadrul societar și voința proprie. Existența unei voințe sociale distincte, a unei entități abstracte, implică o procedură definită clar de formare a acesteia în scopul verificării existenței ei și conformității cu normele legale și statutare[5]. Modalitatea de

---

[1] Legea nr. 31/1990, republicată și modificată.

[2] Lege nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată (M.Of. nr. 49 din 4 februarie 1998), cu modificările ulterioare.

[3] Legea nr. 297/2004 privind piața de capital, modificată prin O.U.G. nr. 32/2012.

[4] Art. 1887 C.civ. Legea poate reglementa diferite tipuri de societăți în considerarea formei, naturii sau obiectului de activitate

[5] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 6.

formare a voinței sociale rezidă în raporturile juridice dintre asociați, guvernate de actul constitutiv al societății, aflat în concordanță cu dispozițiile imperative ale legii. Deși este distinctă de voințele asociaților, prin modul său de formare voința socială nu poate fi independentă de voințele asociaților. Aceştia sunt cei care, în condițiile statutare, pot genera voința socială şi fiecare dintre ei este în drept să verifice şi să conteste naşterea unei voințe distincte.

Cadrul statutar de formare a voinței sociale implică o *etapă de publicitate* în scopul aducerii la cunoştința asociaților a acestei intenții, urmată, în condițiile de întrunire a *cvorumului* necesar, de *exprimarea voinței asociaților* pe calea votului, liber sau secret, în persoană sau prin reprezentanți. În acest cadru de exprimare a voințelor asociaților, în conformitate cu actul constitutiv ia naştere *voința socială*.

Regulile de formare a cadrului instituționalizat de colectare a voințelor asociaților şi principiile care stau la baza formării voinței sociale – *principiul unanimității* sau *principiul majorității* – diferă după specificul pactului societar legal predefinit – tipurile de societăți sunt limitativ create de legiuitor[1] – iar în cadrul fiecărui tip legal predefinit pot prezenta o diversitate nelimitată.

Contrapunerea dintre voința socială şi voințele asociaților este una importantă pentru societățile cu personalitate juridică, atât timp cât mandatul reprezentaților acestora, prin care participă în nume propriu în raporturile juridice cu terții, trebuie raportat permanent la voința socială nu la voințele particulare ale asociaților.

Rolul asociaților şi interacțiunea lor cu societatea în timpul funcționării acesteia nu se opreşte însă doar la formarea voinței sociale distincte într-un cadru prestabilit. Alături de participarea lor la acest proces, în calitate de părți co-contractante ale actului constitutiv ce guvernează societatea, ei pot decide modificarea sau stingerea raportului lor juridic, tradusă în modificarea ori transformarea societății, respectiv dizolvarea voluntară. Chiar dacă modificarea şi încetarea societății se realizează în acelaşi cadru în care se formează şi voința socială, acest proces nu se confundă cu aceasta, ci este o consecință firească a caracterului contractual originar al societății.

Rolul asociaților este fundamental în constituirea societăților, modificarea şi încetarea lor. În aceste momente asociații acționează direct asupra bazelor contractuale ale societății în virtutea calității lor de co-contractanți ai actelor constitutive. În timpul vieții comerciale a societății însă interacțiunea asociaților cu societatea şi terții este una mediată. Ei participă la formarea voinței sociale distincte, atribut al persoanei juridice, această voință diferită de a asociaților fiind cea care se relevă terților prin persoana reprezentanților societății.

[1] Art. 1888 C.civ. Formele cu personalitate juridică se regăsesc în art. 2 LS – Societățile cu personalitate juridică se constituie în una dintre următoarele forme: a) societate în nume colectiv; b) societate în comandită simplă; c) societate pe acțiuni; d) societate în comandită pe acțiuni şi e) societate cu răspundere limitată.

Capitolul II
Voința asociaților, punctul de plecare în constituirea societăților

Secțiunea 1. Voința juridică a asociaților; principii, limite

270. Voința asociaților, motorul prim al construcției societare[1]. Societățile cu personalitate juridică iau naștere prin voința asociaților materializată în perimetrul normelor de drept societar. Asociații acestor societăți pot fi persoane fizice sau ei înșiși persoane juridice, profesioniști sau neprofesioniști[2]. Exprimarea voinței asociaților persoane juridice se înscrie în esența în funcționarea acestora prin organe alese; voința asociaților ponderată în proporțiile stabilite de legea comercială dă naștere la o voință juridică nouă, voința socială.

Voința asociaților reprezintă primul motor și este de esența procedurii prin care ia naștere o entitate juridică nouă: societatea cu personalitate juridică.

Voința în accepțiunea juridică incorporează două elemente esențiale ale contractelor – ele însele definite ca acorduri de voință cu intenția de-a produce efecte juridice[3] (fostul art. 942 C.civ. din 1864) – respectiv consimțământul și cauza sau scopul. Raportul dintre aceste elemente esențiale ale contractelor și voința juridică este un raport de tipul parte – întreg[4].

271. Principiile voinței juridice. Principiile dreptului civil incorporează și principiile voinței juridice: *principiul libertății actelor juridice* civile (principiul autonomiei de voință) și *principiul voinței reale* (al voinței interne).

Principiul autonomiei de voință este consacrat *per a contrario* prin dispozițiile Codului civil[5]: „Nu se poate deroga prin convenții sau dispoziții particulare de la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri". Hașurând zona interzisă, norma respectivă trasează perimetrul în care se poate exprima neîngrădită voința subiectelor de drept. Precizarea ce trebuie făcută este că domeniul libertății trasat anterior este cel general al dreptului comun, materia specială societară în cauză desenând un perimetru mai limitat. Astfel, un exemplu clasic, manifestarea de voință a asociaților în alegerea

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Voința asociaților în constituirea societăților comerciale, Partea I, în RDC nr. 10/2000; *C. Gheorghe*, Voința asociaților în constituirea societăților comerciale, Partea a II-a, în RDC nr. 12/2000.

[2] Legea societăților nu distinge – Legea nr. 31/1990, republicată, art. 1: În vederea desfășurării de activități cu scop lucrativ, persoanele fizice si persoanele juridice se pot asocia si pot constitui societăți cu personalitate juridică, cu respectarea dispozițiilor prezentei legi.

[3] Art. 1166 C.civ. Contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic.

[4] *Gh. Beleiu*, Drept civil român, op. cit., p. 139.

[5] Art. 11 C.civ. care reia art. 5 C.civ. din 1864.

unui tip de societate este strict limitată la una dintre formele: societate în nume colectiv, societate în comandită simplă sau pe acțiuni, societate pe acțiuni și societate cu răspundere limitată[1]. Orice altă creație juridică este exclusă de legiuitor voinței asociaților. Libertatea de voință suportă deci în domeniul societar constrângeri aduse de normele imperative speciale.

Principiul voinței reale rezolvă o eventuală contradicție între voința exprimată și cea internă, stabilind o ordine de recunoaștere juridică. Dreptul nostru a consacrat principiul voinței reale. Demonstrația care se făcea în doctrină[2] a căpătat consacrare normativă și a rămas de actualitate: a) Codul civil recunoaște voința concordantă a părților, nu sensul literal al termenilor pentru interpretarea contractelor[3]; b) Codul civil declară ca viciat consimțământul dat prin eroare, violență sau dol[4]; c) Codul civil recunoaște efectele actului secret între părți și avânzii lor cauza[5]. Declararea urmăririi voinței reale a părților conjugată cu nerecunoașterea juridică a voinței viciate ca și sancționarea efectelor actului secret întregesc viziunea coerentă a Codului civil despre voința reală a părților.

De menționat că doctrina[6] punctează două excepții de la suveranitatea recunoscută a realității voinței: contractul secret nu poate fi invocat de părți, de către succesorii lor universali, cu titlu universal sau cu titlu particular si nici de către creditorii înstrăinătorului aparent împotriva terților[7] și inadmisibilitatea probei cu martori dacă valoarea actului juridic sau este mai mare de 250 lei[8]. Materia în discuție, comercială, este însă mai relaxată în privința acestei interdicții. Conform Codului de procedură civilă[9], se poate face dovada cu martori, contra unui profesionist, a oricărui act juridic, indiferent de valoarea lui, dacă a fost făcut de acesta în exercițiul activității sale profesionale, în afara de cazul în care legea specială cere proba scrisă. Norma juridică, cu tradiție în vechiul Cod comercial, nu instituie o libertate totală în privința mijloacelor de probă în

---

[1] Art. 2 LS, republicată.

[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 142.

[3] Art. 1266 C.civ. Art. 977 C.civ. din 1864 era în același sens: „interpretarea contractelor se face după intenția comună a părților, iar nu după sensul literal al termenilor".

[4] Art. 1206 C.civ. Art. 953 C.civ. din 1864 prevedea că „consimțământul nu este valabil când este dat prin eroare, smuls prin violență, sau surprins prin dol".

[5] Art. 1289 C.civ. Art. 1175 C.civ. din 1864 dispunea în privința simulației că „actul secret, care modifică un act public nu poate avea putere decât între părțile contractante și succesorii lor universali; (...)".

[6] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 142.

[7] Art. 1290 C.civ. Art. 1175 C.civ. din 1864, partea finală, „un asemenea act (secret) nu poate avea nici un efect în contra altor persoane".

[8] Art. 309 C.proc.civ., art. 1191 alin. (2) C.civ. din 1864. „Nu se va primi niciodată o dovadă prin martori, în contra sau peste ceea ce cuprinde actul, nici despre ce se pretinde că s-ar fi zis înaintea, în timpul, sau un urma confecționării actului, chiar cu privire la o sumă sau valoare ce nu depășește 250 lei".

[9] Art. 309 C.proc.civ.; art. 46 C.com. (abrogat) dispunea: „Obligațiunile comerciale și liberațiunile se probează: cu acte autentice; cu acte sub semnătura privată; cu facturi acceptate; prin corespondență; prin telegrame; cu registrele părților; cu martori, de câte ori autoritatea judecătorească ar crede că trebuie să admită proba testimoniala și aceasta chiar în cazurile prevăzute de art. 1191 C.civ." Referirea privea limita valorică de 250 lei.

materia obligațiilor profesioniștilor, ci doar face admisibilă proba testimonială și în situațiile prohibite ca regulă, mai puțin cazurile unde legea cere dovada actelor prin înscrisuri, când se revine la regimul de drept comun[1].

Dispozițiile comerciale întăresc principiul voinței reale, înlăturând în principiu una dintre excepții. Principiul voinței reale este un adevărat principiu al dreptului privat care trebuie armonizat cu celelalte imperative asimilate de dreptul civil din dreptul comercial prin înglobarea acestuia: nevoia de credit, celeritatea și securitatea raporturilor juridice. Aceste nevoi specifice sporesc în domeniul privat rolul aparenței în drept, individualizată de doctrină ca o trăsătură a spiritului vechiului dreptul comercial, alături de autonomia de voință și ordinea publică[2]. Comercializarea dreptului privat atribuie dreptului civil valențe și caracteristici juridice noi, moștenite de la vechiul drept comercial.

272. Voința juridică și capacitatea juridică. Voința persoanelor fizice și persoanelor juridice, asociați ai societății, își găsește realizare juridică doar în interiorul capacității juridice.

Capacitatea juridică este o stare de drept, definită de norme juridice imperative. Numai în concordanță cu acestea voința juridică a persoanelor poate duce la nașterea de raporturi juridice în conținutul cărora intră drepturi subiective apărate sau garantate de legiuitor.

Izvorul juridic al instituției capacității juridice este Codul civil[3] care și-a asumat în mod natural reglementarea unitară a persoanelor fizice și juridice. Conform Codului civil *capacitatea de folosință* este aptitudinea de a avea drepturi și obligații[4], iar *capacitatea de exercițiu* este capacitatea persoanei de a își exercita drepturile și a își asuma obligații încheind singură acte juridice[5]. Același izvor juridic statuează că nicio persoană nu poate fi îngrădită în capacitatea de folosința sau lipsit, în tot sau în parte, de capacitatea de exercițiu, decât în cazurile și condițiile expres prevăzute de lege, respectiv în cazul minorului sub 14 ani și a celui pus sub interdicție judecătorească (pentru persoanele fizice)[6]. Voința persoanei juridice mai cunoaște o limitare, naturală, dată de specificul subiectului de drept colectiv, respectiv acestora le sunt refuzate drepturile și obligațiile care, prin natura lor sau potrivit legii, nu pot aparține decât persoanei fizice[7].

În privința abilitării înființării de noi persoane juridice, aceasta este recunoscută de lege persoanelor de drept (fizice și juridice). Această posibilitate face parte din capaci-

---

[1] Art. 55 C.com. (abrogat) era în același sens. „Când Codul comercial cere proba prin scris, proba testimoniala nu poate fi admisa decât în cazurile în care este permisa și de Codul civil".

[2] *G. Ripert, R. Roblot*, Traité de droit commercial, vol. I, 13e éd., L.G.D.J., Paris, 1988, p. 1.

[3] Izvorul de drept anterior era reprezentat de Decretul nr. 31/1954 (abrogat), ale cărui principii au fost păstrate în mare parte de noua reglementare.

[4] Art. 34 C.civ.

[5] Art. 37 C.civ.

[6] Art. 29 și 43 C.civ.

[7] Art. 206 C.civ. Legiuitorul a rescris o limitare clasică, desființată însă în mare parte de doctrină: „specialității capacității de folosință a persoanei juridice", după care persoana juridică nu poate avea decât acele drepturi care corespund scopului ei. Principiul este restrâns la *persoanele juridice fără scop lucrativ*, sub aceeași sancțiune a nulității absolute.

tatea lor juridică conform legii societăților[1]. De fapt este vorba de reafirmarea unor principii ale capacității de folosință a persoanei de drept, legalitatea și intangibilitatea acesteia[2]. Capacitatea de folosință a persoanei de drept nu poate fi reglementată decât prin lege, sub toate aspectele sale, respectiv nu i se pot aduce limitări decât prin texte exprese de lege[3].

273. Voința persoanei juridice. Voința persoanei juridice se exercită prin organele sale[4]. Modul de formare a voinței sociale este reglementat de dispozițiile Legii nr. 31/1990 pentru societățile cu personalitate juridică prin norme privind funcționarea acestora. Această lege stabilește mecanismul prin care voințele asociaților ponderate prin norme imperative ajung să genereze o voință nouă care gestionează patrimoniul social și îl angajează în raporturi juridice, sub numele subiectului de drept distinct care este societatea.

În privința capacității juridice este cunoscută teza care afirmă că noțiunea nu poate fi privită ca o vocație generală, ci ca o însumare a *capacităților juridice de ramură*, corespunzătoare fiecărei ramuri de drept – administrativ, civil etc.[5] Așa stând lucrurile considerentele expuse anterior privesc capacitatea juridică civilă (de folosință și de exercițiu). Cadrul juridic se schimbă în privința societăților cu personalitate juridică. Ele sunt deja profesioniști care evoluează în cadrul mai restrâns al dreptului civil reprezentat de dreptul comercial. Întrebarea care se pune este în ce măsură capacitatea lor de exercițiu este una specială, comercială. În lipsa definirii prezente a activităților economice care să reprezinte calea de accedere la comercialitate, înființarea de societăți de către asociații persoane juridice nu are nicio relevanță din perspectiva capacității juridice. Codul civil unifică și în acest punct regimul de drept privat, ștergând diferențele dintre capacitatea civilă și comercială[6].

---

[1] Art. 1 LS, republicată și modificată.

[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 278, 279, 414.

[3] Art. 29 alin. (1) C.civ. Limitările aduse vocației generale în cauză a persoanelor juridice ca urmare a aplicării anterioare a principiului specialității capacității de folosința erau mult atenuate de interpretarea doctrinei și în trecut. A se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență, Ed. All Beck, București, 2001, p. 2.

[4] Art. 209 C.civ.: persoana juridică își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale de administrare, de la data constituirii lor. Art. 218 C.civ.: actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite sunt actele persoanei juridice înseși. Reglementarea trecută era în același sens – art. 35 din Decretul nr. 31/1954: „Persoana juridică își exercita drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale. Actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice însăși".

[5] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 277.

[6] Din punct de vedre istoric exista opinia după care încheierea contractului de societate implică o capacitate specială, de drept comercial, nu cea de drept comun, pornind de la premisa dată de dispozițiile art. 3 pct. 4 C.com. (abrogat): dacă cumpărările sau vânzările de părți sociale sau de acțiuni sunt considerate fapte de comerț, atunci și încheierea contractului de societate este un fapt de comerț ce necesită o capacitate guvernată de Codul Comercial. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. Socec, op. cit., p. 68.

Fără a afirma neapărat o capacitate specială semnalăm îngrădirile aduse capacității, cu respectarea principiului legalității, prin Legea nr. 31/1990 privind societățile, respectiv nu pot fi fondatori persoanele care potrivit legii sunt incapabile[1], deci capacitatea de drept comun. Noțiunea de *fondator*, așa cum este legal definită, cuprinde noțiunea de *asociat al oricărei societăți*[2]. Mai departe, aceeași normă, instituie o îngrădire a capacității juridice, respectiv nu pot fi fondatori persoanele condamnate pentru infracțiunile prevăzute de lege[3]. Practica judecătorească a consfințit această îngrădire cu sublinierea că nu se poate aduce atingere prezumției de nevinovăție atât timp cât nu există o hotărâre definitivă în acest sens[4].

În privința *asociaților persoane juridice* se poate face distincția între profesioniști și neprofesioniști. Asociații persoane juridice, societățile, dobândesc calitatea de profesionist *ab origine*, prin însăși constituirea lor, „se nasc profesioniști". Acest lucru nu mai are însă evidența din reglementarea vechiului Cod comercial[5]. Societățile cu personalitate juridică prezente sunt profesioniști prin satisfacerea cerințelor noțiunii, exploatarea unei întreprinderi, care țin de imanența societății civile, dar nu prin declararea expresă a legii. O asemenea situație dezintegrează capacitatea juridică de ramură, comercială. Capacitatea juridică a societăților cu personalitate juridică nu mai este, prin esența lor, comercială. Profesioniștii, ca și neprofesioniștii, împart aceeași capacitate de drept comun sprijinită pe dispozițiile Codului civil.

Statul, județul, comuna – *unitățile sale administrative* – nu pot fi priviți ca profesioniști, pentru că scopul acestor entități nu este exploatarea, exercitarea sistematică de

---

[1] În doctrina comercială veche chiar această normă era considerată ca instituind o capacitate comercială specială pentru persoanele fizice care constituie societăți, însă doar pentru constituirea societăților de persoane, respectiv capacitatea cerută este deplina capacitate de exercițiu, norma în cauză instituind o adevărată limitare a capacității de folosință pentru incapabil care nu poate încheia un asemenea act nici prin reprezentant și încuviințare a actului. Societățile de capitaluri permit însă reprezentarea (de exemplu, art. 125 LS) și în consecință în cazul lor capacitatea cerută persoanei fizice este una de drept comun. A se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 472-473.

[2] Art. 6 alin. (1) LS. Fondatorii sunt semnatarii actului constitutiv, precum și persoanele care au un rol determinant în constituirea societății.

[3] Art. 6 alin. (2) LS. Limitarea se referă la persoanele care au fost condamnate pentru gestiune frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea si sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire si combatere a finanțării actelor de terorism, pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței sau pentru cele prevăzute de Legea societăților.

[4] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 511/1994 și nr. 426/1994, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1994, Ed. Proema, Baia Mare, 1995, p. 211-214 și decizia nr. 169/1993, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1993, Ed. Continent XXI & Universul, București, 1994, p. 229, cu mențiunea ca la acea data era discutabil dacă normele privind fondatorii – definiți sub o formă veche a Legii nr. 31/1990 – erau aplicabile la toate tipurile de societăți.

[5] Art. 7 C.com. (abrogat). În sensul că societățile sunt comerciale în considerarea formei sau a obiectului, prima trăsătură fiind cea dominantă în dreptul nostru, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 41. A se vedea și *D.D. Gerota*, Curs de societăți comerciale, Ed. Fundația Culturală Regele Mihai I, București, 1928, p. 9.

activități economice. Dar ele pot participa, în calitate de persoane de drept și în limita competențelor lor, la înființarea de societăți[1].

274. Persoanele juridice fără scop lucrativ, asociați de drept societar. În privința persoanelor juridice fără scop lucrativ, legea le recunoaște o capacitate deplină în privința înființărilor societăților[2].

Înființarea de societăți de către persoanele de drept privat în cauză nu reprezintă un scop în sine, ci un scop mediat, în ajutorul realizării scopului principal nepatrimonial. Dreptul de a înființa societăți este unul explicit, cu indicarea clară a scopurilor urmărite, inclusiv a modului de folosire a profitului repartizat rezultat.

La aceeași concluzie ajunsese și practica judecătorească veche, chiar dacă mai nuanțat[3], respectiv s-a respins autorizarea judecătorească a funcționării, sub imperiul formei vechi a Legii nr. 31/1990 și a reglementărilor privind asociațiile și fundațiile, unei societăți comerciale cu asociat asociație juridică fără scop patrimonial, deoarece „prin statutul asociației nu s-a prevăzut asocierea cu alte persoane juridice, (...) asocierea nu se putea realiza decât în condițiile legii, în raport cu voința asociaților, dar nu cu persoane străine de asociație și în afara scopului pentru care a fost construită (...) și obiectul de activitate al societății comerciale trebuie să fie în strânsă legătură cu scopul asociației, cerință care nu a fost îndeplinită". Mai mult, „semnatarii actelor constitutive nu au avut împuternicire din partea adunării generale a asociației pentru constituirea societății comerciale, rezultând că ei nu au exprimat voința asociației astfel încât actele lor sunt lipsite de efecte juridice".

Necesitatea unei voințe juridice legal exprimate a asociației și necesitatea corelației între obiectul de activitate al societății și scopul asociației subzistă și în prezent, legiuitorul instituind în general o îngrădire a capacității de folosință a persoanelor juridice fără scop lucrativ[4] și o îngrădire specială în privința activităților economice directe efectuate de persoana juridică fără scop patrimonial[5].

---

[1] Codul comercial statua faptul că unitățile administrative de drept public nu pot avea calitatea de comercianți (art. 8).

[2] O.G. nr. 26/000 cu privire la asociații și fundații (M.Of. nr. 39 din 31 ianuarie 2000), modificată – art. 47: „Asociațiile, fundațiile și federațiile pot înființa societăți reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Dividendele obținute de asociații, fundații și federații din activitățile acestor societăți reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, dacă nu se reinvestesc în aceleași societăți reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, se folosesc în mod obligatoriu pentru realizarea scopului asociației, fundației sau federației".

În același sens, nu atât de explicit însă, era și reglementarea anterioară, Legea nr. 21/1924 pentru persoanele juridice (Asociațiuni și Fundațiuni), art. 40.

[3] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 5/1995, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1995, Ed. Proema, Baia Mare, 1996, p. 255-257.

[4] Persoanele juridice fără scop lucrativ pot avea doar acele drepturi și obligații civile care sunt necesare pentru realizarea scopului stabilit prin lege, actul de constituire sau statut [art. 206 alin. (2) C.civ.].

[5] Art. 48 din O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații.

Voința tuturor acestor subiecte de drept se formează conform legii și actelor lor constitutive și se poate materializa prin decizia organele alese în înființarea unei noi societăți cu personalitate juridică[1].

În concluzie voințele persoanelor fizice și juridice cenzurate de capacitățile juridice de drept comun se pot exprima dând naștere în condițiile legii unei societăți cu personalitate juridică, în ultima instanță unei voințe sociale rezultate prin ponderarea în condițiile legii și actului constitutiv a voințelor asociaților.

Secțiunea a 2-a. Natura juridică a societății cu personalitate juridică

275. Contextul disputei doctrinare. Societatea cu personalitate juridică, ca formă superioară de participare la raporturile juridice comerciale, cunoaște o îndepărtare semnificativă de principiile contractuale. Funcționarea persoanei juridice așează un nivel normativ distinct peste realitatea contractuală. Reglementarea societății, ca specie a persoanei juridice ancorate în dreptul privat, realizează și ea o distanțare față de contractul originar. Toată această construcție societară evoluează atât de mult față de contractul societate încât întrebarea privind natura juridică a societății este justificată: evoluția societară a atins punctul de inflexiune al despărțirii de natura contractuală sau aceasta dăinuie și în dauna nivelurilor noi de reglementare legală?

Reglementarea civilă prezentă epuizează materia contractului de societate într-o formă exhaustivă, pornind de la nașterea societății simple până la funcționarea, administrarea și încetarea raportului juridic societar. Conform dispozițiilor de drept comun[2], societatea este un contract în temeiul căruia două sau mai multe persoane (asociați) se obligă reciproc să coopereze pentru desfășurarea unei activități și să contribuie la aceasta prin aporturi proprii cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta. În dreptul civil societatea este un contract numit, multilateral, cu titlu oneros, comutativ și consensual. Societatea simplă, în forma sa pur contractuală, este un acord de voință și ca pentru majoritatea contractelor acordul de voință al părților este suficient pentru nașterea raportului juridic respectiv[3].

Societăților cu personalitate juridică manifestarea de voință a asociaților, chiar cu respectarea condițiilor de formă și de fond prevăzute de dreptul comun, nu le mai este suficientă pentru constituirea legală.

---

[1] În privința aptitudinii unei societăți cu răspundere limitată sau pe acțiuni de a fi asociat al unei societăți în nume colectiv s-a motivat ca incompatibilitatea între cele doua tipuri de răspunderi este doar aparentă. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 180; *I. Turcu*, Dreptul afacerilor, Ed. Fundației „Chemarea", Iași, 1992, p. 134.

[2] Art. 1881 C.civ. Doctrina comercială tradițională apelează la dispozițiile civile pentru definirea societății comerciale. A se vedea *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 178; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 121; *R. Rodière, R. Houin*, Droit commercial, 7e éd., Dalloz, Paris, 1975, p. 313. În sens contrar, *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 38.

[3] Art. 1884 C.civ. Forma scrisă a contractului este cerută *ad probationem*, față de societatea cu personalitate juridică unde aceasta este o cerință de validitate.

Această diferență față de societatea simplă este dată de un atribut nou al societății respective: personalitatea juridică, naşterea unei voințe juridice noi, voința socială care deşi derivă din voințele asociaților şi reprezintă ponderarea lor în proporțiile stabilite de lege este distinctă de acestea. Codul Comercial de la 1887 era explicit[1]: societățile (comerciale la acea dată) constituie în raport cu cel de-al treilea o persoană juridică distinctă de cea a asociaților. Societatea de drept comercial era în mod tradițional definită ca o grupare de persoane constituită pe baza unui contract de societate, beneficiind de personalitate juridică, în care asociații se înțeleg să pună în comun anumite bunuri, pentru exercitarea unor activități economice (fapte de comerț la acea dată), în scopul realizării şi împărțirii profitului rezultat[2]. Ascendența societății simple este evidentă, construcția contractuală fiind una vădit identică. Personalitatea juridică va face diferența între noțiuni. În forma prezentă de reglementare, în care atât societatea simplă cât şi societatea cu personalitate juridică reprezintă întreprinderi comerciale colective, personalitatea juridică va ține de esența societăților din cea dea doua categorie. De altfel în prezent această caracteristică le diferențiază şi lingvistic pe cele două specii: societatea simplă şi societatea cu personalitate juridică. Dobândirea personalității juridice atrage pentru o societate incidența Legii societăților şi o califică pe aceasta pentru calitatea de profesionist care exploatează o formă superioară de întreprindere: societatea cu personalitate juridică.

276. Abordarea în timp a noțiunii de persoană juridică. Dacă dreptul comercial clasic consfințea modul de dobândire a personalității juridice încă din 1887[3] acordarea personalității juridice civile a fost mai restrictivă. Înainte de 1924 ea se dobândea doar prin vot al Parlamentului, adică prin lege specială. Constituția de la 1923 era explicită în a diferenția dreptul la liberă asociere, garantat, de dreptul de a crea persoane juridice, acordat legiuitorului[4].

Personalitatea juridică se dobândeşte, în dreptul comun clasic, doar în modurile stabilite de lege. Codul Comercial de la 1887 stabilise aceste formalități în materia comercială prin transcrierea actelor constitutive, depuse la grefa Tribunalului comercial din circumscripția sediului şi eventual autorizate prin încheiere judecătorească rămasă definitivă, în Registrul societăților comerciale, urmate de obligația publicității[5].

---

[1] Art. 78 C.com. (abrogat): „Societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă şi societatea în comandită prin acțiuni există sub o firmă socială.

Societatea anonimă nu are firmă socială şi nu poate fi determinată prin numele nici unuia din asociați; ea este însa calificată printr-o denumire particulară sau prin arătarea obiectului întreprinderii sale. Această denumire sau arătare trebuie să se deosebească lămurit de aceea a oricărei alte societăți.

Societățile sus arătate constituie, în raport cu cel de al treilea, o persoană juridică distinctă de aceea a asociaților".

[2] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, op. cit., p. 158.

[3] Art. 94, 95 şi 98 C.com. (abrogat).

[4] *I. Muraru şi alții*, Constituțiile Române, Ed. Regia Autonomă „Monitorul Oficial", Bucureşti, 1993; art. 29 din Constituția din 1923: „Dreptul de liberă asociere nu implică în el dreptul de-a crea persoane juridice".

[5] Art. 91 C.com. (abrogat): „În termen de 15 zile de la data actului constitutiv al societății în nume colectiv şi al societății în comandită simplă, un duplicat al actului constitutiv dacă este sub

Legea nr. 21/1924 consacra şi ea în domeniul reglementat condiţionarea acordării personalităţii juridice de îndeplinirea unor obligaţii statuate de legiuitor, respectiv obţinerea în modul impus de normele sale a unei decizii motivate a Tribunalului din circumscripţia în care s-a constituit[1]. Dobândirea efectivă a personalităţii juridice este legată de înscrierea deciziei, definitivă, în registrul special al acestor persoane juridice de pe lângă instanţa competentă.

Sub regimul reglementărilor anterioare voinţa în sine a părţilor nu putea da naştere la o persoană juridică, ci constituirea era condiţionată de un control sau o procedură sub direcţia unei autorităţi. „În lipsa acestor formalităţi (...) rămân în stare primitiva, adică în stare de adunare a mai multor persoane fizice, coproprietare a unui patrimoniu colectiv sau patrimoniu afectat la o anumită destinaţie. (...) Nu pot dobândi personalitate juridică, nu pot fi subiecte de drepturi, adică nu pot contracta

---

semnătură privată, sau o copie certificată conformă cu originalul dacă este autentic, se va depune la grefa Tribunalului de comerţ în jurisdicţiunea căruia societatea şi-a stabilit sediul sau, pentru a fi transcris în registrul pentru societăţi. În acelaşi timp se va depune şi extracte după actul constitutiv, conţinând indicaţiunile cerute de art. 89, pentru a fi afişate în sala tribunalului, în sala primăriei şi în localurile bursei celei mai apropiate. Transcripţiunea şi afişările se vor face în urma unei ordonanţe preşidenţiale".

Art. 92 C.com. (abrogat): „Actul constitutiv şi statutele societăţilor în comandită prin acţiuni şi ale societăţilor anonime se vor depune, prin îngrijirea şi sub răspunderea administratorilor, în cele 15 zile după ce va rămânea definitivă încheierea judecătorească care a autorizat înfiinţarea societăţii, la grefa tribunalului comercial în circumscripţiunea căruia este stabilit sediul societăţii. Transcripţiunea şi afişarea actului constitutiv şi a statutelor în formele prescrise de articolul precedent, se vor face în urma unei ordonanţe a tribunalului, dată în camera de consiliu, faţă cu procurorul tribunalului".

Art. 94 C.com. (abrogat): „Un extract după actul constitutiv al societăţilor în nume colectiv şi în comandită simplă, identic cu cel prevăzut de art. 91, va trebui să fie publicat, în termen de o lună de la depunerea actului constitutiv la tribunal, prin stăruinţa administratorilor, în Monitorul Oficial şi în foaia anunţurilor judiciare a locului unde societatea îşi are sediul, stabilimentele sau reprezentanţele sale".

Art. 95 C.com. (abrogat): „Actul constitutiv şi statutele societăţilor în comandită prin acţiuni şi anonime se vor publica, prin îngrijirea administratorilor, în întregul lor şi împreună cu toate documentele relativ la constituirea societăţii, în Monitorul Oficial şi în foaia anunţurilor judiciare a locului unde societatea îşi are sediul, în termen de o lună de la data ordonanţei tribunalului, prevăzut de art. 92".

[1] Art. 3 din Legea nr. 21/1924: „Asociaţiile şi aşezămintele fără scop lucrativ sau patrimonial nu pot dobândi personalitatea juridică decât pe temeiul unei decizii motivate a tribunalului civil în circumscripţia căreia s-au constituit. Această decizie nu se poate da decât la cererea celor interesaţi: a) după ce s-a cerut avizul ministerului în competentă căruia cade scopul asociaţiei sau aşezământului; b) după ce s-au ascultat concluziile ministerului public şi s-a constatat că statutele sau actele constitutive, compunerea organelor de direcţie şi administraţie şi celorlalte condiţii, nu contravin la dispoziţiile legii de faţă. Părţile interesate, ministerul competent şi reprezentantul ministerului public au dreptul de apel potrivit art. 90".

Art. 4: „Persoana juridică va avea fiinţă numai de la data înscrierii deciziei de recunoaştere rămasă definitivă, în registrul special care va fi ţinut în acest scop la grefa fiecărui tribunal civil".

drepturi sau obligații ca persoanele fizice"[1]. Astfel se exprima doctrina mai veche în privința rolului formalităților în acordarea personalității juridice.

S-a considerat, în temeiul celor spuse, că legea din 1924 a consacrat *sistemul ficțiunii*, adică al creării persoanelor juridice de către autoritățile competente. Personalitatea juridică este deci o creație pe care legiuitorul își rezervă dreptul de a o acorda asociațiilor care îndeplinesc anumite condiții[2].

Din punct de vedere istoric următoarea reglementare este Decretul nr. 31/1954 care aduce o nouă așezare a noțiunii de persoană juridică. Decretul amintit definea persoanele juridice ca fiind entitățile care au „o organizare de sine stătătoare și patrimoniu propriu afectat realizării unui anume scop, în acord cu interesul obștesc"[3]. Doctrina a extras trei elemente constitutive ale calității de persoană juridică: o organizare de sine stătătoare (proprie), un patrimoniu propriu și un scop determinat în acord cu interesul general.

Cele trei elemente în sine totuși nu dădeau naștere unei persoane juridice. Aceasta lua ființă în cele patru moduri enumerate de lege[4]. Deși s-a accentuat în doctrina ulterioară Decretului nr. 31/1954 rolul organizației, cu cele trei elemente constitutive (organizație, patrimoniu, scop) în definirea persoanei juridice și s-a subliniat rolul colectivului, este evident din modurile de înființare că s-a păstrat în mod decisiv un control, o procedură, sub direcția unei autorități care face ca acordarea personalității juridice să nu fie fundamental diferită față de perioada anterioară, deși s-au elaborat teorii juridice noi – precum *teoria realității juridice* – opuse teoriei ficțiunii juridice.

O organizație cu *patrimoniu* și *organizare proprie* în realizarea unui *scop definit* nu devenea persoană juridică prin simpla voință, chiar colectivă, a membrilor. Saltul de la voința membrilor la voința unică a persoanei juridice se făcea tot sub direcția autorității care recunoaște sau autorizează trecerea de la voința asociaților la voința socială. Realitatea colectivului, a membrilor organizației, cu atributele cerute, nu este translatată automat în sfera juridică a persoanelor de drept prin desemnarea unei persoane juridice noi. Saltul este mediat de controlul autorității.

Legea nr. 31/1990 privind societățile stabilește în domeniul societăților cu personalitate juridică momentul nașterii noii persoane juridice, cu același mecanism al controlului autorității[5], prin înmatricularea în registrul comerțului de pe lângă tribunalul din circumscripția sediului, în baza încheierii judecătorului delegat, părând a nu se îndepărta de esența reglementărilor anterioare. Și în acest caz controlul autorității este

---

[1] *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., p. 517.

[2] *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., p. 517.

[3] Art. 26 din Decretul nr. 31/1954.

[4] Art. 28 din Decretul nr. 31/1954: „Persoana juridică ia ființă, după caz: a) prin actul de dispoziție al organului competent al puterii sau administrației de stat; b) prin actul de înființare al celor care o constituie, recunoscut de organul puterii sau administrației de stat, competent a verifica numai dacă sunt întrunite cerințele legii pentru ca acea persoană juridică să poată lua ființă; c) prin actul de înființare al celor care o constituie, cu prealabila autorizare a organului puterii sau administrației de stat, competent a aprecia oportunitatea înființării ei; d) printr-un alt mod reglementat de lege".

[5] Art. 41 LS, republicată.

reprezentat de cenzura justiției care se realizează prin intermediul judecătorului delegat (registrator în proiectele normative) la oficiul registrului comerțului[1].

277. Reglementarea persoanei juridice de Codul civil. Reținerile istorice existente în recunoașterea unei persoane juridice dincolo de sancționarea oficială a autorității printr-o procedura prestabilită, precum în materie societară, par a fi depășite de Codul civil.

Teoria realității persoanei juridice, a existenței incontestabile grație grupării de persoane și a altor caracteristici imanente, își găsește în prezent o consacrare normativă.

Într-un mod deloc surprinzător, în linia tradiției de drept privat, persoana juridică este definită prin caracteristicile sale, respectiv o *organizare de sine-stătătoare*, un *patrimoniu propriu*, afectat realizării unui *scop licit si moral*, în acord cu interesul general[2]. Dincolo de aceste caractere clasice însă, Codul civil statuează realitatea persoanei juridice prin recunoașterea acesteia imediat ce elementele sale constitutive sunt întrunite, fără a fi obligatorie medierea unei proceduri administrative sau administrativ-jurisdicționale. Sunt persoane juridice orice alte organizații legal înființate care îndeplinesc cumulativ condițiile constitutive ale persoanei juridice, deși nu sunt declarate de lege persoane juridice[3]. O asemenea abordare accentuează realitatea persoanei juridice, dar nu poate fi extrapolată în domeniile în care personalitatea juridică este rezervată realizării unui control exclusiv al autorității. Sau persoana juridică recunoscută în acest mod nu poate fi calificată sau asimilată precum entitățile reglementate distinct, precum societățile cu personalitate juridică. De altfel, în acest stil de reglementare legiuitorul este nevoit să legifereze negativ, respectiv să refuze, cu titlu de excepție, personalitatea juridică anumitor entități care s-ar califica pentru ea. Situația este valabilă în cazul societății simple. Aceasta satisface condițiile recunoașterii personalității, organizare, patrimoniu și scop, dar nu poate realiza saltul fiindcă este ancorată de legiuitor în domeniul contractual. Acestei societăți nu îi este recunoscută personalitatea juridică[4]. Înlăturarea controlului autorității nu va fi deci posibilă în interiorul dreptului societar. Persoanele juridice de drept privat din acest domeniu pot dobândi această calitate prin urcarea ambelor trepte clasice: *faza contractuală* și *controlul autorității*.

278. Teorii privind natura juridică a societății. Pornind de la cele două momente importante în nașterea persoanelor juridice – care în linii mari s-au păstrat în succesiunea de legi în timp – voința asociaților și controlul autorității, doctrina a căutat să explice natura juridică a societății cu personalitate juridică.

Teoria contractuală, clasică, a subliniat persistența și rolul hotărâtor al voinței asociaților[5]. Manifestarea lor de voință dă naștere contractului de societate, iar în sens

---

[1] Art. 37 LS, republicată. Controlul legalității actelor sau faptelor care, potrivit legii, se înregistrează în registrul comerțului, se exercită de justiție printr-un judecător delegat.

[2] Art. 187 C.civ.

[3] Art. 188 C.civ.

[4] Art. 1892 C.civ.

[5] *G. Ripert, R. Roblot*, Traitê de droit commercial, vol. I, 14e éd., L.G.D.J., Paris, 1991, p. 542-545.

mai larg actului constitutiv, conform Legii nr. 31/1990[1]. Această teorie este în ultima instanță o expresie a principiului autonomiei de voință.

Teoria actului colectiv a considerat inadecvată noțiunea civilă de contract pentru actul constitutiv al societății cu personalitate juridică, deoarece scopurile ultime ale co-contractanților într-un contract sinalagmatic nu pot fi decât divergente. Or actul constitutiv trebuie să exprime voințele convergente ale asociaților, în ultimă instanță, intenția de-a colabora în realizarea obiectului societății (*affectio societatis*). De fapt asemenea îngrădiri nu există în exprimarea liberă a voinței, chiar existența contractului numit de societate fiind o dovadă că instituția juridică a contractului în dreptul comun este suficient de cuprinzătoare pentru a încorpora și asemenea manifestări de voință, în realizarea unor scopuri în principal convergente[2].

Rolul controlului autorității în nașterea societății, persoană juridică, și-a găsit consacrarea deplină în *teoria instituției*. Accentuând acest rol în nașterea societății, teoria respectivă a minimalizat rolul voinței asociaților, reducându-l la un impuls inițial, necesar, dar nu esențial în nașterea persoanei juridice. În această construcție societatea ar fi o instituție „ca și căsătoria, ceea ce înseamnă că părțile sunt îndreptățite să o adopte sau să o respingă *in globo*, fără o alterare esențială"[3].

Doctrina mai reține și o *teorie legată de ideea economică de întreprindere* definită ca organizare sistematică a unei activități cu ajutorul factorilor de producție. Societatea (comercială) este o întreprindere pe care una sau mai multe persoane o organizează prin act constitutiv în vederea realizării de beneficii ca un subiect de drept autonom, afectându-i bunurile necesare pentru a îndeplini, în condițiile de rentabilitate, actele și faptele specifice obiectului statutar de activitate[4]. În prezent raportarea la noțiunea de *întreprindere* este una normativă, fără ca acest element să elucideze cu adevărat natura juridică a societății.

279. Natura contractuală a societății. Voința asociaților este elementul care ține de esența societății în privința înființării, și își păstrează rolul în privința organizării și funcționării ei[5].

Faptul că autonomia de voință a asociaților cunoaște mai multe îngrădiri decât în dreptul comun nu minimalizează rolul acesteia, ci ține de armonizarea acesteia cu specificul dreptului comercial respectiv creditul, celeritatea și securitatea raporturilor comerciale.

Orice ramură de drept, și dreptul comercial în special în domeniul privat, statuează norme juridice în câmpul cărora manifestările de voință produc efecte juridice. Depășirea acestui cadru duce, sancțiune inevitabilă, la nerecunoașterea efectelor

---

[1] Art. 5 LS, republicată.

[2] În sensul că eventualele divergențe de la constituirea societății atrag în cele din urmă convergența intereselor asociaților în realizarea scopului social, *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 60.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., p. 96; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., 2012, p. 123.

[4] *O. Căpățână*, Societățile comerciale, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 60-62.

[5] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 26; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 123.

juridice contrare normelor juridice în mijlocul cărora respiră actul. Ajungem astfel la instituția nulității – acea sancțiune care lipsește actul juridic de efectele contrarii normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă[1].

Voința și manifestarea ei juridică își găsesc limitări în norma juridică de ramură fără a-i fi negată libertatea, fiindcă nu există libertate absolută, ci libertate într-un domeniu definit.

Neregularitățile grave, limitativ redate de legiuitor, relevate după înmatriculare sunt sancționate cu nulitatea. Însă personalității juridice a societății, câștigată prin înmatriculare, nu i se aduce atingere, deoarece efectele nulității (în forma clasică, neurmată explicit de Codul civil efectele fiind retroactivitatea, restabilirea situației anterioare – *restitutio in integrum* – anularea actelor subsecvente – *resoluto iure dantis resolvitur jus accipientis*) nu-și găsesc aplicarea în cauză[2]. Societatea încetează fără efect retroactiv de la data când hotărârea judecătorească a devenit definitivă, patrimoniul este lichidat conform dispozițiilor legale privind lichidarea societăților ca urmare a dizolvării[3] și numirii lichidatorilor de tribunal prin hotărârea de declarare a nulității, iar actele încheiate în numele societății nu sunt atinse de declararea nulității[4]. Modul în care legiuitorul tratează neregularitățile societății trădează și acesta echilibrul raportului de forțe între natura contractuală și controlul autorității în constituirea societății cu personalitate juridică.

Controlul legalității nu știrbește natura contractuală a societății, ci se vrea un garant și unde este cazul o sancțiune în scopul respectării normelor imperative edictate în privința formei și fondului contractului de societate. Chiar în lipsa unui control de legalitate, lipsa încheierii de înmatriculare, sau în cazul unui control ineficient, lipsește actul constitutiv sau nu este în formă autentică, toți fondatorii au fost incapabili, obiectul de activitate este licit sau contrar ordinii publice sau s-au încălcat alte norme[5] privind contractul de societate, simpla înmatriculare face ca societatea să aibă toate atributele sale, inclusiv personalitate juridică și patrimoniu distinct, umbrite doar de nesiguranța declarării judecătorești a nulității care are doar efectele unei dizolvări. Extrapolând, elementele cu adevărat indispensabile pentru nașterea societății, cu patrimoniu și personalitate distinctă, sunt *voința asociaților* materializata în actul constitutiv și *publicitatea în formele legale* pentru protecția terților.

Controlul autorității, fără a putea fi negat, este cel care conferă personalitatea juridică a societății, constituind *differentia specifica* față de societatea simplă. Această însușire nouă nu este de natură a altera rădăcinile contractuale ale societății. Esența sa rămâne neatinsă de tributului plătit controlului autorității pentru dobândirea personalității juridice din considerente privind ordinea publică de drept civil.

---

[1] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 192.

[2] A se vedea *supra* Titlul IV, Capitolul IV. În privința caracterelor acestei nulități, a se vedea și *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu Gh. Piperea*, op. cit., p. 98, 140.

[3] Art. 58 alin. (1) LS.

[4] Art. 59 LS.

[5] Art. 56 LS.

Codul civil întăreşte ascendentul contractual al societăţii cu personalitate juridică. Deşi nu urmează până la capăt modelul italian[1] acesta enumeră toate tipurile de societăţi (inclusiv cu personalitate juridică) în materia contractului de societate[2]. Unitatea de reglementare pentru toate societăţile este dată tocmai de această materie contractuală care este declarată ca fiind comună pentru toate creaţiile societare[3]. Din această lectură se poate concluziona că izvoarele contractuale ţin de esenţa societăţilor, restul caracteristicilor, inclusiv personalitatea juridică, fiind mai degrabă contingente, sau cel mult elemente folosite pentru construirea de specii din acelaşi gen.

280. Natura instituţională a societăţii. Intervenţia normativă în materia societară a fost privită în ultima perioadă de doctrină ca una hotărâtoare în dreptul societar. Limitarea tipurilor de societăţi, intervenţia energică în privinţa funcţionării societăţilor, în special în privinţa formării voinţei sociale şi a administrării[4], toate aceste acţiuni au fost interpretate ca îngrădind atât de mult caracterul contractual încât acesta poate fi considerat suprimat.

Argumentul suprem al „instituţionalizării" societăţii cu personalitate juridică a fost considerat ca oferit de societatea (cu răspundere limitată) cu asociat unic[5]. Societatea constituită fără existenţa unui contract de societate (societatea cu răspundere limitată cu asociat unic) este un exemplu pentru existenţa unei societăţi în afara oricărui ascendent contractual. La acest argument infailibil se poate obiecta că această societate este obiectul unor restricţii severe care o fac incapabilă de a emana concluzii generale în materie. Caracterului instituţional al societăţii cu personalitate juridică absolutizează rolul controlului autorităţii şi multitudinea de norme care ţin de ordinea publică în materia societară. Societatea cu personalitate juridică nu îşi începe existenţa juridică doar prin voinţa asociaţilor, ci prin intermediul unor formalităţi administrative[6].

În privinţa *teoriei instituţiei* şi a adoptării ei cvasiunanime de doctrina internă trebuie relevat izvorul doctrinei franceze, cu tradiţie îndelungată în tratarea problematicii. Conform doctrinei franceze instituţia la care ne referim este un ansamblu de norme ce reglementează în mod imperativ un grup de persoane animate de un scop determinat astfel încât drepturile şi interesele proprii sunt subordonate acestui interes social superior. În concluzie drepturile asociaţilor nu sunt fixate exclusiv de actele constitutive, ci pot fi modificate prin hotărâre a majorităţii asociaţilor în numele interesului social. Administrarea societăţii nu mai este pur contractuală, de natura mandatului, ci implică un regim legal supus voinţei sociale, iar această voinţă, fixată în hotărâri, se desparte de acordul de voinţă contractual pentru a îmbrăca voinţa

---

[1] Codul civil italian, Cartea a V-a, Titlul V (*Despre societăţi*) tratează în mod extensiv tipurile de societăţi cu personalitate juridică, epuizând materia societară.

[2] Art. 1888 C.civ.

[3] Atenuarea distincţiei între societăţile civile şi cele comerciale este manifestă şi în dreptul francez. *Ph. Merle*, Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 23.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 42.

[5] Doctrina a calificat societatea cu răspundere limitată cu asociat unic drept o „inovaţie îndrăzneaţa, care permite aplicarea principiului limitării răspunderii comerciantului persoană fizică". *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 62.

[6] *Ph. Merle*, op. cit., p. 42.

majorității în acord cu interesul social[1]. Totuși argumentul final din doctrina franceză, importat și în dreptul român, se referă la societatea impersonală. Cu deosebirea că legiuitorul francez a intervenit în dispută și a declarat faptul că societatea unipersonală *se instituie* prin voința unei singure persoane[2], lucru considerat total inadecvat pentru o teorie contractuală a societății.

281. Concepția dualistă. Existența îngrădirilor legale extreme pentru materia contractuală nu este de tăgăduit. De fapt niciuna dintre concepțiile privind natura juridică a societății nu o neagă total pe cealaltă. Extrăgând esența contractuală a societății nu înseamnă ignorarea celuilalt element, controlul autorității. Până în prezent teoriile, prin adepții lori, și-au studiat reciproc limitele și au purces la o ierarhizare, o recunoaștere a unui preferințe, una față de alta. În fața argumentelor celor două teorii se desprinde concluzia că niciuna dintre ele nu reușește să surprindă în totalitate natura societară. Teoria instituției nu poate face uitată existența actului constitutiv, a contractului de societate care rămâne un izvor juridic important pentru obligațiile părților chiar și după constituirea societății. Teoria contractuală, mai veche, nu poate cuprinde realitatea societății unipersonale sau regimurile de administrare și decizie.

În fața unei teze și antiteze care nu se pot desprinde una de alta, singura soluție este aceea a sintezei[3], a dualismului naturii juridice a societății. Aceasta se va supune regulilor de tip contractual, dar și a regulilor de tip instituțional (legal). Preponderența acțiunii lor va varia și în funcție de tipurile de societăți, respectiv societățile de persoane vor păstra o aderență mai mare la regimul contractual, în timp ce societățile de persoane vor fi mai atașate regimului legal instituit special pentru funcționarea lor.

Voința asociaților este elementul care ține de esența societății în privința înființării și păstrează un rol important în funcționarea acestora, în special în privința societăților de persoane. Controlul autorității veghează la manifestarea voinței asociaților în cadrul stabilit de normele juridice. Acestea asigura prezervarea esenței societății, a scopului distinct de interesele proprii ale acționarilor și permit funcționarea unui organism social care trebuie să-și găsească tot timpul o voința proprie în voințele, deseori divergente ale asociaților.

Rolul voinței asociaților și natura contractuală a societății sunt dublate tot timpul, într-un dualism asumat, de controlul autorității și regimul legal al societății. Fenomenele care trebuie explicate în viața socială pot să apeleze în mod alternativ la natura juridică mai potrivită să le explice.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 42.
[2] Art. 1832 alin. (2) C.civ. francez (redactarea prin Legea din 11 iulie 1985).
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 43.

Capitolul III
Reguli comune aplicabile societăților cu personalitate juridică

Secțiunea 1. Caracterele societății cu personalitate juridică

282. Societatea simplă şi societatea cu personalitate juridică. Codul civil şi-a asumat reglementarea unitară a materiei societare astfel încât izvorul normativ cadru al societății cu personalitate juridică rămâne această operă normativă. În declarația sa contractul de societate este actul juridic prin care două sau mai multe persoane consimt să desfăşurare în comun unele activități, să contribuie la aceasta prin aporturi băneşti, în bunuri, în cunoştințe specifice sau prestații, cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta[1]. Dincolo de această materie societară asociații pot conveni asupra constituirii unei societăți cu personalitate juridică, în condițiile legii speciale[2]. Deşi societatea cu personalitate juridică este fixată normativ prin Codul civil în realitate izvorul normativ special, Legea nr. 31/1990, derogă în cvasitotalitate de la regimul societar de drept comun, conținând un set complet de norme privind contractul de societate (actul constitutiv), dar şi privind funcționarea şi încetarea societății cu personalitate juridică. Declarația Codului privind instituirea unui drept comun aplicabil tuturor societăților[3] este una programatică, în acord cu finalitatea unificării dreptului privat. În practică însă, reglementarea completă şi exterioară Codului a societăților cu personalitate juridică reduce semnificativ impactul acestei reglementări în materie societară. Din această cauză societățile cu personalitate juridică suferă un impact semnificativ redus prin reglementarea nouă a Codului civil şi pot conserva în totalitate doctrina şi jurisprudența relevantă adunată atât în perioada interbelică (în care societățile reglementate de Codul comercial, abrogat) cât şi în cea contemporană, ulterioară anului 1989.

În acord cu noțiunea introdusă de Codul civil şi Legea societăților, societatea cu personalitate juridică este un grup de persoane, în forma unei întreprinderi colective, care dobândeşte în condițiile legii *personalitate juridică*, persoane care convin asupra desfăşurării în comun de activități economice pe baza contribuțiilor în aporturi băneşti, în bunuri, în cunoştințe specifice sau prestații, cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta.

Elementele constitutive ale construcției acestei societăți sunt *pluralitatea de asociați*, participația sau *aporturile aduse* şi *participarea la beneficiile sau economiile rezultate*. În mod tradițional pentru materia societară doctrina a decelat şi un element caracteristic[4], *affectio societatis*, care sintetizează şi caracterizează cel mai bine construcția societară.

283. Pluralitatea de asociați. Pluralitatea de asociați derivă din ascendența contractuală a societății. Contractul în general este un acord de voință, un act juridic multilateral.

---

[1] Art. 1881 C.civ.
[2] Art. 1889 C.civ.
[3] Art. 1887 C.civ.
[4] *Ph. Merle*, op cit., p. 47.

În particular contractul de societate se referă la două sau mai multe persoane pentru încheierea sa valabilă.

Pluralitatea de asociați este aplicabilă atât la momentul încheierii contractului de societate cât și în timpul existenței societății. Funcționarea societății poate implica modificări în privința asociaților aduse fie de evenimente naturale (deces) fie de situații juridice diverse: încetarea persoanei juridice asociat, punerea sub interdicție a asociatului persoană fizică etc. Variația în persoana asociaților poate fi dată și de operațiuni economic-juridice precum majorarea de capital, reducerea de capital social etc. Astfel de operațiuni pot fi urmate de creșterea sau scăderea numărului de asociați odată cu modificările intervenite în privința titlurilor de participare la capitalul societății.

Din punct de vedere juridic prezintă interes situația *societății cu un singur asociat*. O astfel de situație contravine arhitecturii contractuale cât și reglementării speciale[1]. Situația trebuie tratată distinct după cum ne situăm în dreptul societar general sau în situația de excepție a societății cu răspundere limitată cu asociat unic. În acest ultim caz legea permite, excepție notabilă și discutată de la caracterul contractual al societății, constituirea și prin actul de voința al unei singure persoane. Actul juridic întocmit în acest caz la constituirea societății poartă denumirea de statut[2]. Reconcilierea acestei situații cu materia societară este realizată prin asimilarea, din punct de vedere al drepturilor și obligațiilor, a asociatului unic, când titlurile reprezentative la capitalul societății sunt ale unei singure persoane, cu adunarea generală a asociaților. Aceasta este însă o situație de excepție care nu anulează rigorile societare în privința numărului minim de asociați.

Societatea cu personalitate juridică rămasă sau constituită cu un singur asociat, dincolo de reglementarea de excepție a societății cu răspundere limitată cu asociat unic, este supusă unui regim sancționator sever. Astfel, în cazul societății pe acțiuni numărul acționarilor nu se poate reduce la unul singur. În cazul în care, în timpul funcționării, societatea are mai puțin de doi acționari pe o perioada mai lungă de 9 luni, orice persoană interesată poate solicita instanței dizolvarea societății. Sancțiunea este una atenuată de posibilitatea salvării societății dacă până la soluționarea judiciară definitivă a dizolvării numărul minim de doi acționari prevăzut de lege este refăcut[3].

Sancționarea societății constituită cu un singur asociat este completată cu nomele din materia nulității societății. Funcționarea societății cu încălcarea numărului minim de asociați este sancționată cu nulitatea specială, limitativă, societară, în condițiile de declarare și cu efectele acestei nulități[4]. Sancțiunea dizolvării este incidentă la toate tipurile de societăți atunci când numărul acționarilor a scăzut sub minimul legal. Nu numai societatea pe acțiuni suportă o asemenea sancțiune, ci și societățile în nume colectiv sau cu răspundere limitată se dizolvă când numărul asociaților s-a redus la unul singur prin falimentul, incapacitatea, excluderea, retragerea sau decesul unuia dintre asociați[5]. În acest caz, în scopul salvgardării societății, i se recunoaște asociatului rămas facultatea continuării existenței societății sub forma societății cu răspundere limitata cu asociat unic.

Cu titlu de excepție, în materia societară pluralitatea de asociați poate fi limitată superior, respectiv societatea cu răspundere limitată nu poate avea mai mult de cincizeci de asociați[6]. Norma este una tradițională și ancorează societatea cu răspundere limitată în

---

[1] Art. 4 LS.
[2] Art. 5 alin. (2) LS.
[3] Art. 10 alin. (3) LS.
[4] Art. 56 lit. h) LS.
[5] Art. 229 LS.
[6] Art. 12 LS.

categoria societăților de persoane. Un număr prea mare de asociați diluează caracterul contractul al societății și importanța persoanei fiecărui asociat pentru societate.

284. Aporturile. Legea impune limitări voinței asociaților și în privința valorilor patrimoniale alăturate, puse în comun, în scopul efectuării de societate a activităților economice.

Codul civil delimitează tipurile de valori patrimoniale afectate activităților comune: aporturi băneşti, în bunuri, în cunoştinţe specifice sau prestaţii[1]. Reglementarea urmează tradiția comercială care distinge între aporturi în numerar, în natură și în muncă (industrie). În esență aporturile sunt bunuri în sens larg asupra cărora asociatul transmite dreptul de proprietate sau de folosință din patrimoniul său în patrimoniul social care ia naştere, transmisiune de tip oneros fiindcă asociatul va primi în schimbul aporturilor titluri reprezentative emise de societate (părți de interes, părți sociale, acțiuni).

Noțiunea de *aport* suportă două accepțiuni. Pe de o parte, aportul social este definit ca fiind „obligația pe care și-o asumă fiecare asociat de a aduce în societate (...) o valoare patrimonială"[2]. În sensul cel mai comun aportul este valoarea patrimonială însăși, bunul obiect al obligației. Această valoare poate fi reprezentată de bani (*aport în numerar*), bunuri imobile sau mobile corporale (*aport în natură*) sau incorporale[3] (*aporturile în creanțe*) și muncă[4] sau activitatea pe care asociatul se obligă să o efectueze pentru societate (*prestații în muncă sau aport în industrie*).

Expresia valorică a totalului aporturilor constituie capitalul social. Legea distinge între capitalul subscris – care trebuie să fie identic valoric cu capitalul social – și capitalul vărsat reprezentând valoarea aporturilor efectuate care au intrat în patrimoniul societății.

285. Aporturile în numerar. Privitor la tipurile de aporturi legea societară impune o regulă naturală, derivând din specificul economic al activităților efectuate: aporturile în numerar sunt obligatorii[5] la toate tipurile de societate, respectând limitele minime legale impuse pentru valoarea capitalului social pentru societatea pe acțiuni, comandită pe acțiuni și cu răspundere limitată; pentru celelalte tipuri de societăți deși legea nu stabilește un nivel minim valoric al capitalului social, aportul în numerar este obligatoriu și trebuie să fie rezonabil pentru desfășurarea unei activități comerciale.

În privința aportului ca obligație, legea distinge între aportarea imediată și aportarea afectată de modalitatea termenului, în condițiile reglementării societare. Astfel, pentru

---

[1] Art. 1881 C.civ.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 125.

[3] În privința aporturilor în părți sociale, părți de interes sau acțiuni emise de o societate comercială deja existentă doctrina a reținut că nefiind restricții în privința bunurilor incorporale ce pot constitui aport acestea sunt în principiu admise. *I. Turcu*, Teoria și practica dreptului comercial, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 253; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 67.

[4] În sensul că aportul în know-how reprezintă aport în muncă, *I. Turcu*, Teoria și practica dreptului comercial, op. cit., p. 253.

[5] Art. 16 alin. (1) LS.

societățile pe acțiuni și în comandită pe acțiuni legea impune capitalului social vărsat, la constituire, de acționari, să nu fie mai mic de 30% din cel subscris (asumat prin contractul de societate) de aceștia. Termenul pentru executarea totală a obligației de aportare față de societate este de 12 luni de la înmatriculare[1]. Această facilitate este rezervată însă strict acestor societăți. Restul asociaților, în societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă și societatea cu răspundere limitată, sunt obligați să execute imediat obligațiile (aporturile) și sa verse integral, la data constituirii, întregul capitalul social subscris care reprezintă suma aporturilor[2].

Neexecutarea obligațiilor de aportare asumate face ca asociatul care a subscris ca aport o sumă de bani să datoreze suma la care s-a obligat, dobânda legală de la scadență, dar și alte daune care pot rezulta, el fiind de drept pus în întârziere[3].

286. Aporturile în natură. Aporturile în natură reprezintă orice bunuri, mai puțin banii și industria, munca asociaților[4]. Aporturile în natură sunt general admise de legiuitor realizându-se prin transferarea drepturilor corespunzătoare și predarea efectivă către societate a bunurilor aflate în stare de utilizare[5]. Se poate pune întrebarea dacă actul constitutiv nu devine un contract real prin această condiție a remiterii materiale a bunului specifică acestui contract. Răspunsul este negativ, deoarece această condiție, în cazul asociaților, nu ține de formarea actului constitutiv – în materia contractelor reale pentru formarea lor nu este suficientă simpla manifestare a voinței părților, ci trebuie să aibă loc și remiterea materială a lucrului[6] – ci de executarea unei obligații asumate față de societate. Sancționarea neremiterii bunului în cadrul materiei societare nu poate fi decât neeliberarea de obligație. Asociatul rămâne în continuare obligat pentru aportul său societatea având de ales între urmărirea asociaților debitori și anularea titlurilor urmată de vânzarea altora noi[7].

Aporturi în proprietate. În privința aporturilor în natură dreptul care se transferă în mod uzual este dreptul de proprietate. Legea specială instituie chiar o prezumție simplă în privința aporturilor în bunuri. Bunurile constituite ca aport în societate devin proprietatea acesteia din momentul înmatriculării ei în registrul comerțului[8], în lipsă de dispoziție contrară. Transferul dreptului de proprietate devine regula în materia aporturilor în bunuri.

---

[1] Art. 9 alin. (2) LS.

[2] Art. 9[1] LS.

[3] Art. 1898 C.civ.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 53.

[5] Art. 16 alin. (2) C.civ. Norme speciale pot fi însă incidente, care să limiteze această vocație. De exemplu, în privința societăților tranzacționate pe o piață reglementată regimul aporturilor în natură la majorarea capitalului social este puternic restricționat. Art. 240 alin. (2)-(6) din Legea nr. 297/2004. Nici în domeniul asigurărilor nu sunt permise aporturile în natură la constituirea sau majorarea capitalului social [art. 16 alin. (4) din Legea nr. 32/2000, modificată].

[6] Art. 1174 alin. (4) C.civ. A se vedea *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, op. cit., p. 30

[7] Art. 65 alin. (2), art. 100 LS.

[8] Art. 65 alin. (1) LS.

Reglementările de drept civil completează în mod fericit şi detaliază conținutul raportului juridic dintre asociat şi societate. Aportul în bunuri, altele decât cele fungibile, se efectuează prin transferul drepturilor asupra acestora şi predarea efectivă a bunurilor în stare de funcționare, potrivit destinației sociale. Asociatul care aportează proprietatea sau un alt drept real asupra unui bun răspunde pentru efectuarea aportului întocmai unui vânzător față de cumpărător[1], respectiv va fi ținut de obligația de garanție contra evicțiunii, garanția pentru vicii ascunse şi garanția pentru bună funcționare[2].

Transferul de proprietate din patrimoniul asociatului în patrimoniul social poate prejudicia creditorii asociatului care îşi văd diminuată funcția de generală de garanție pe care o îndeplinesc bunurile debitorului pentru creanțele lor (art. 2324 C.civ.). Calea lor de atac împotriva acestor transferuri patrimoniale în dauna drepturilor lor rămâne acțiunea pauliană (revocatorie)[3]. În acest caz creditorul poate cere sa fie declarate inopozabile față de el actele juridice de aportare ale debitorului, în frauda drepturilor sale, care au ca rezultat crearea sau mărirea stării de insolvabilitate. Frauda asociatului nu este însă suficientă într-o asemenea acțiune, fiind necesară şi cunoştința co-asociaților despre starea de insolvență creată, sau mărită, a asociatului [art. 1562 alin. (2) C.civ.].

Transferul dreptului de proprietate intervine la data înmatriculării în registrul comerțului, deoarece la acea dată ia ființă societatea, dobândeşte personalitate juridică, nu la data încheierii actului constitutiv. O astfel de prevedere nu absolvă părțile de îndeplinirea cerințelor de publicitate şi opozabilitate, sau constitutive în privința unor drepturi reale: imobile, fond de comerț etc.

Aportul în folosință. Aportarea proprietății bunurilor nu exclude, în caz de manifestare expresă de voință, aportarea doar a dreptului de folosință asupra bunului ce rămâne în proprietatea asociatului. În acest caz raportul juridice dintre asociat şi societate se va grefa pe modelul locațiunii. Asociatul care aportează folosința bunului va răspunde pentru efectuarea aportului întocmai unui locator față de locatar [art. 1896 alin. (2) teza a II-a Codul civil].

Obiect al aportului în folosință pot fi doar bunuri neconsumptibile sau nefungibile. În caz contrar, aporturile constând în bunuri fungibile sau consumptibile nu pot fi subscrise cu titlu de aport în folosința, ci devin, în toate cazurile, aport în proprietate, chiar dacă în contractul de societate nu s-a stipulat aceasta în mod expres [art. 1896 alin. (3) C.civ.].

Avantajul acestui tip de aport constă în faptul că asociatul nu pierde proprietatea bunului astfel încât acesta nu poate fi urmărit de creditorii sociali după cum nici nu este cuprins în bilanțul de lichidare şi repartizare a bunurilor sociale, subsecvent dizolvării societății.

În toate cazurile actul constitutiv trebuie să prevadă modul de evaluare a aportului în natură (extrajudiciară sau judiciară) şi participarea la capitalul social (părți sociale, acțiuni) acordată pentru acesta.

---

[1] Art. 1896 C.civ.
[2] Art. 1695, 1707 şi 1716 C.civ.
[3] Art. 1562 alin. (1) C.civ.

287. Aporturile în creanțe. În mod tradițional dreptul nostru comercial tratează separat aporturile în bunuri corporale și bunuri incorporale. Dacă aportarea bunurilor corporale este general permisă la societățile cu personalitate juridică, aporturile în creanțe sunt permise doar în mod limitat [art. 16 alin. (3) LS], *per a contrario*, doar în societățile în nume colectiv, în comandită simplă și pe acțiuni cu constituire simultană. Și aici legiuitorul derogă de la genul proxim: cesiunea de creanță[1], aplicând aceeași sancțiune privitor la executarea obligației, pentru protecția societății, respectiv asociatul nu este eliberat până la obținerea plății fiind obligat și la dobânzi când plata nu poate fi obținută prin urmărirea debitorului cedat[2]. Efectele cesiunii de creanță impuneau dimpotrivă răspunderea cedentului doar pentru existența actuală a creanței și-a accesoriilor sale, respectiv că creanța cedată există în mod valabil, titularul este cedentul și nu a intervenit nici o cauză de stingere a obligației[3].

Regimul aporturilor în bunuri incorporale este reglementat în același sens și de Codul civil. Asociatul care aportează o creanță răspunde nu doar pentru existența creanței la momentul aportului, ci și pentru încasarea acesteia la scadență. Răspunderea sa pentru neîncasare acoperă cuantumul creanței, dobânda legală care începe să curgă de la scadență și orice alte daune ce ar putea rezulta.

Codul civil reglementează și aporturile în acțiuni sau părți sociale emise de o altă societate. Răspunderea asociatului aportator va urma modelul răspunderii vânzătorului față de cumpărător.

Aportarea cambiilor sau a altor titluri de valoare urmează principiile aportării creanțelor (art. 1897 C.civ.).

288. Aporturile în industrie. Dreptul comercial definește aporturile în industrie ca fiind obligația asumată de asociat de a pune la dispoziția societății cunoștințele sale tehnice, serviciile sale, munca sa în vederea realizării scopului declarat al societății prin săvârșirea de activități economice[4]. Un astfel de aport constă în mod necesar în prestații succesive. Codul civil preferă noțiunea de *aporturi în prestații și cunoștințe specifice*. Regulile impuse privesc același caracter continuu al activității asociatului, atât timp cât acesta are această calitate, iar asociatul datorează societății toate câștigurile obținute din activitățile care fac obiectul aportului.

Aporturile în prestații sau cunoștințe specifice implică desfășurarea de către asociat a unor activități concrete și punerea la dispoziția societății a unor informații, cunoștințe, aptitudini personale pentru realizarea obiectului societății (art. 1899 C.civ.). Legea nr. 31/1990 preferă referirea la aceste aporturi ca *aporturi în muncă sau servicii* [art. 16 alin. (4) LS].

În privința prestațiilor în muncă interdicția legală este generală: acestea nu pot constitui aport la formarea sau majorarea capitalului social [art. 16 alin. (4) LS]. Totuși

---

[1] Art. 1566 și urm. C.civ.

[2] Art. 84 LS. În doctrină s-a reținut că spre deosebire de dreptul comun – art. 1585 C.civ., fost art. 1397 C.civ. din 1864 – asociatul cedent garantează și solvabilitatea debitorului său. *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 198.

[3] Art. 1585 C.civ. A se vedea *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, op. cit., p. 326.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 57.

legea societară face o distincție. Ea nuanțează noțiunea de *aport* în noțiunea de *aport social în general* și *aport la formarea și majorarea capitalului social*. De esența aportului rămâne obligația pe care asociatul și-o asumă față de societate de a aduce o valoare patrimonială. Această obligație dă sau nu dă dreptul la o participare la formarea sau majorarea capitalului social (acțiuni, părți sociale), după obiectul său.

Conform voinței legiuitorului aportul având ca obiect numerar, bunuri corporale (în natură) sau incorporale (în creanțe etc.), acolo unde sunt permise, dau naștere unei participări la capitalul social (în mod subsecvent dreptul la acțiuni, părți sociale) în timp ce aportul în industrie (prestațiile în muncă) nu dă acest drept. Dreptul corelativ acestui aport (obligație) în industrie este participarea la împărțirea beneficiilor și a activului social, asociatul rămânând, totodată, obligat să participe la pierderi[1] conform actului constitutiv.

Doctrina a reținut deja această diferențiere a celor două categorii de aporturi: „criteriul departajării decurge din obiectul subscrierii; din acest punct de vedere valorile receptate de societățile comerciale pot fi constitutive sau neconstitutive de capital social"[2].

Explicația acestei distincții stă incapacitatea aporturilor în muncă de a constitui o garanție pentru creditorii sociali (prestațiile în muncă sunt insesizabile) și în consecință imposibilitatea concurării la crearea capitalului social și la patrimoniul societății[3]. Astfel de aporturi nu sunt compatibile cu societățile capitaluri. Societățile de persoane, bazate oricum pe răspunderea solidară și nelimitată a asociaților, nu prezintă nicio dificultate în acceptarea aporturilor în industrie.

Cu distincțiile arătate prestațiile în muncă sunt permise asociaților care au angajată o răspundere nelimitată (pentru asociații la societățile în nume colectiv și asociații comanditați – din cadrul societății în comandită pe acțiuni și comandită simplă). Soluția aleasă este în concordanță cu specificul societăților. Într-adevăr, acceptând aportul în industrie la formarea (sau majorarea) capitalului social era necesară o evaluare a acestuia pentru a se stabili cota de participare la capitalul social. Acest lucru este pur subiectiv și mai mult, „dinamitează" funcția de garanție a obligațiilor sociale a capitalului social ca expresie valorică a patrimoniului societății. Aportul în industrie este compatibil cu societatea de persoane (fără a reprezenta nici aici cotă din capital), unde rolul persoanei asociatului este foarte mare, și incompatibil cu societățile de capitaluri.

Codul civil reține și regula după care partea la profituri și pierderi a asociatului al cărui aport constă în prestații sau cunoștințe specifice este egală cu cea a asociatului care a contribuit cu aportul social cel mai mic, însă regula este supletivă, părțile fiind libere să stabilească prin actul constitutiv întinderea drepturilor și a obligațiilor lor. Mai mult, asociatul al cărui aport constă în prestații sau cunoștințe specifice este scutit de suportarea corespunzătoare a pierderilor dacă această scutire a fost prevăzută în mod expres în contractul de societate pentru asociatul obligat la prestații în muncă.

---

[1] Legislației societăților folosește în mod alternativ noțiunea de *beneficiu* și cea de *profit*. Distincția este însă una pur semantică.

[2] *O. Căpățână*, Societățile comerciale în interpretarea jurisprudenței (I), în RDC nr. 1/1999, p. 14.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 57.

289. Participarea la beneficii. Finalitatea activității economice desfășurată în comun este obținerea de beneficii sau economii care vor profita tuturor asociaților în condițiile legii sau ale actului constitutiv. Codul civil preia forma societății așa acum apare ea și în dreptul francez, cu acceptarea atât a finalității beneficiilor (câștig pecuniar sau material pentru asociați) cât și a economiilor realizate pentru membri[1].

Regula este că partea cuvenită fiecărui asociat la profituri și pierderi este proporțională cu aportul său la capitalul social. Contractul de societate poate deroga de la acest principiu al proporționalității, respectiv asociații pot participa la câștig într-o proporție diferită de contribuția la pierderi, singura condiție de drept comun fiind ca aceste diferențe să fie rezonabile, potrivit cu împrejurările, și exprese. Reglementarea trădează rădăcini saxone fiindcă referirea la caracterul rezonabil al clauzelor e străină dreptului de tip romanic.

Asemenea derogare și renunțare la proporționalitate este dublată în mod tradițional de interdicția clauzelor leonine. Conform Codului civil orice clauză prin care un asociat este exclus de la împărțirea beneficiilor sau de la participarea la pierderi este considerată nescrisă[2].

Legea societăților este foarte pragmatică în reglementarea subiectului, impunând cerința stabilirii prin actul constitutiv, pentru toate tipurile de societăți, modul de participare la beneficii și la pierderi pentru fiecare asociat[3]. Regula proporționalității este emisă și de legislația societară. Dividendul, definit ca cota-parte din profit ce se plătește fiecărui asociat, se distribuie asociaților proporțional cu cota de participare la capitalul social vărsat, dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel[4].

Participarea la pierderi este corolarul participării la beneficii și urmărește, ca regulă, același principiu al proporționalității între suportarea pierderii și participarea la capitalul social. Suportarea pierderilor nu privește doar relația dintre asociați, ci și dintre aceștia și creditorii sociali. În momentul lichidării societății se determină contribuția fiecărui asociat la suportarea eventualelor pierderi. Pierderile în acest caz se impută asupra aporturilor fiecărei asociat, asupra părții cuvenite din rezultatul lichidării. Această suportare a pierderilor urmează proporționalitatea arătată, dar pot exista diferențe cât timp nu reprezintă clauze leonine. Înainte de suportarea finală a pierderilor, asociații pot fi răspunzători pentru datoriile sociale, pentru participarea la raporturi juridice în timpul funcționării societății. Diferențele de tratament juridic sunt însă date de tipul de societate. Răspunderea nelimitată așează asociatul în poziția de obligat subsidiar și nelimitat față de creditorul social. Urmărirea asociatului dă acestuia un drept de regres împotriva societății și în final împotriva co-asociaților pentru suportarea pierderilor conform actului constitutiv.

290. Interdicția clauzelor leonine. Depărtarea de principiul proporționalității între participarea la capital și participarea la beneficii și pierderi creează inegalități între asociați. De exemplu, contractul de societate poate prevedea împărțirea egală a benefi-

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 60-66. Distincția de drept francez se axează pe dihotomia societate/asociație, cu deosebirile de regim comercial și fiscal care apar de aici.

[2] Art. 1902 alin. (5) C.civ.

[3] Art. 7 lit. f), art. 8 lit. k) LS.

[4] Art. 65 LS.

ciilor şi pierderilor deşi aporturile sunt inegale sau poate prevede împărţirea inegală a acestora deşi aporturile sunt egale[1]. Astfel de inegalităţi sunt considerate permise. Nepermise sunt prevederile după care unui asociat îi sunt atribuite totalitatea beneficiilor sau este exonerat de orice participare la pierderi. Codul civil a preferat să reglementeze această interdicţie în cheie negativă: un asociat este exclus de la împărţirea beneficiilor sau de la participarea la pierderi[2]. Sancţiunea unei asemenea clauze nu poate totuşi afecta societatea în totalitate. Din această cauză legiuitorul a ales construcţia juridică nouă, a clauzei considerată nescrisă. În acest mod societatea va funcţiona pe baza principiului implicit al proporţionalităţii prin înlăturarea clauzei leonine prohibite.

291. ***Affectio societatis.*** Intenţia de asociere este un element implicit al contractului de societate. Reglementarea legală prezentă tinde să includă acest element, decelat anterior mai mult de doctrină. Codul civil vorbeşte de faptul că asociaţii *se obligă să colaboreze*, fixând practic în limite normative intenţia de asociere, *affectio societatis*. Această colaborare ţine de esenţa societăţii fiindcă una din caracteristicile contractului de societate este tocmai activitatea desfăşurată în comun, nu reprezentarea unui avantaj material, al unei contraprestaţii din partea co-contractantului. Contractul de societate este orientat cu faţa spre terţi. Cauza sa rezidă în obţinerea de beneficii sau economii în urma raporturilor juridice viitoare cu terţii, nu în urma contraprestaţiilor convenite cu părţile co-contractante. Aşa stând lucrurile intenţia de asociere rămâne cauza internă a societăţii, elementul constitutiv care ţine de esenţa acestei construcţii juridice.

Existenţa intenţiei de asociere trebuie să supravieţuiască momentului încheierii contractului de societate. Aceasta trebuie să dăinuie pe toată perioada de existenţă a societăţii, pentru a susţine colaborarea continuă dintre asociaţi, chiar în situaţia intervenirii de schimbări în persoana acestora. Societăţile cu personalitate juridică sunt susţinute atât de natura contractuală cât şi de natura instituţională astfel încât elementul *affectio societatis* va fi cu atât mai diluat cu cât ne deplasăm de la societăţile de persoane la societăţile de capitaluri. Marile societăţi bursiere, tranzacţionate pe pieţe reglementate, cu mii de acţionari, sunt la distanţa cea mai mare de bazele contractuale. *Affectio societatis* subzistă şi aici, în chiar deciziile de vânzare sau cumpărare de instrumente financiare, chiar dacă se poate dovedi efemer.

Affectio societatis implică o anumită fraternitate, o dorinţă de colaborare de pe poziţii de egalitate pentru succesul întreprinderii comune[3]. Acest element se poate dovedi important în cazul societăţilor fictive, a asociaţilor aparenţi sau oculţi (art. 1921 şi 1922 C.civ.). Toţi trebuie să treacă testul acestui element pentru a proba validitatea calităţii de asociat.

292. Răspunderea nelimitată. Contractul de societate, cu societatea simplă ca formă de exprimare juridică, cunoaşte doar rigorile contractuale. În această materie persoanele de drept răspund cu toate bunurile lor pentru obligaţiile care le incumbă. Răspunderea juridică, ca instituţie, este preocupată de izvoarele şi condiţiile angajării

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 68.
[2] Art. 1902 alin. (5) C.civ.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 74.

sale, nu de limitări acordate debitorului, cât timp principiul general al răspunderii este cel al acoperirii integrale a prejudiciului. În acest context şi asociaţii sub supuşi aceluiaşi comandament de executare integrală a obligaţiilor, comandament care în dreptul societar este cunoscut ca răspunderea nelimitată a asociaţilor. Reglementarea obligaţiilor faţă de terţi în materia societăţii simple instituie răspunderea subsidiară a asociaţilor dacă bunurile sociale nu sunt suficiente pentru acoperirea obligaţiei (art. 1920 C.civ.).

Codul civil reţine principiul comun al divizibilităţii obligaţiilor (art. 1424 C.civ.) asociaţilor rezultate din activitatea societăţii simple, dacă patrimoniul social nu este îndestulător. Divizibilitatea nu atrage răspunderea în cote egale, ci pe principiul proporţionalităţii, respectiv fiecare asociat răspunde (nelimitat) proporţional cu aportul său la patrimoniul social, dacă creditorul social nu a putut fi îndestulat din bunurile comune ale asociaţilor.

Materia societăţilor cu personalitate juridică cunoaşte o derogare explicită atât de la principiul de drept comun al *răspunderii integrale* (nelimitate) cât şi de la *prezumţia de divizibilitate* a obligaţiilor faţă de debitorii asociaţi.

Conform Codului civil dacă asociaţii convin la constituirea unei societăţi cu personalitate juridică, cu respectarea condiţiilor prevăzute de lege, în acest caz, răspunderea lor pentru datoriile sociale este *subsidiară*, *nelimitată* si *solidară*, dacă prin lege nu se dispune altfel (art. 1889 C.civ.). Deci personalitatea juridică aduce ca regulă solidaritatea asociaţilor pentru datoriile sociale spre deosebire de divizibilitatea de drept comun.

Pornind de la această regulă generală, Legea privind societăţile construieşte excepţii notabile în privinţa societăţilor de capitaluri. Răspunderea pentru datoriile sociale va fi limitată, impactul asupra datoriilor sociale asupra patrimoniului asociatului (acţionarului) fiind, ca regulă, nul odată cu executarea (vărsarea) aporturilor sale.

293. Originalitatea obligaţiilor societare dintre asociaţi şi societatea cu personalitate juridică. Dimensiunea nouă pe care o creează în condiţiile legii contractul de societate (actul constitutiv) este persoana juridică nouă – societatea cu personalitate juridică. Calitatea actului constitutiv de-a crea în condiţiile legii un subiect de drept distinct atrage după sine excepţii notabile de la principiile efectelor contractelor, aşa cum apar ele în dreptul comun.

Elementele esenţiale ale actului constitutiv (*differentia specifica*) sunt: asociaţii se obligă să exercite împreună activităţi economice, să pună în comun o valoare patrimonială (aport), şi să participe la realizarea şi împărţirea beneficiilor şi economiilor rezultate.

Faţă de naşterea unei persoane distincte de drept ultimele elemente esenţiale ale actului constitutiv se abat de la principiul relativităţii efectelor contractelor atât timp cât societatea-persoană de drept născută în condiţiile legii dobândeşte drepturi şi îşi asumă obligaţii în temeiul contractului – actul constitutiv – la încheierea căruia, în mod logic, nu este parte.

Aporturile asociaţilor sunt definite ca fiind obligaţiile pe care şi le asumă fiecare asociat de a aduce în societate o anumită valoare patrimonială. Valorile care fac obi-

ectul aporturilor devin proprietatea persoanei juridice şi intră în patrimoniul acesteia[1]. Normele societare sunt explicite (iar jurisprudenţa statuase demult acest principiu)[2]. În privinţa aporturilor, asociaţii au unii faţă de ceilalţi poziţia juridică a *promitenţilor* şi *stipulanţilor* din stipulaţia pentru altul, iar societatea are poziţia juridică a terţului *beneficiar*. În patrimoniul acesteia se nasc drepturi, aferente aporturilor, deşi societatea este un terţ faţă de contractul de societate. Totuşi aceasta, societatea, este în drept să solicite asociaţilor îndeplinirea obligaţiei de aportare asumată faţă de ceilalţi asociaţi. Excepţia respectivă este reprezentată de mecanismul stipulaţiei pentru altul şi i se recunoaşte valabilitatea şi când este făcuta în folosul unei persoane viitoare – societatea cu personalitate juridică în cazul de faţă[3].

Împărţirea beneficiilor, ca element esenţial al actului constitutiv, stabileşte în sarcina societăţii o obligaţie patrimonială printr-un contract la care nu este parte. Aceasta pare a fi o excepţie de la principiul relativităţii efectelor contractelor, însă formularea legală prezentă a principiului este mult mai relaxată[4]. Dividendul este definit legal ca fiind cota-parte, conform actului constitutiv sau legii, din profitul repartizat al societăţii[5]. Din momentul individualizării acestuia, prin voinţa consemnată prin hotărâre a societăţii (a adunării generale) dividendele devin drepturi de creanţă individuale al căror debitor este societatea şi nu ceilalţi asociaţi[6].

În principiu actul constitutiv consfinţeşte o obligaţie pentru o persoană străină de contract, societatea cu personalitate juridică care se naşte din chiar acel contract, act constitutiv.

Secţiunea a 2-a. Actul constitutiv, tărâmul principal de exprimare a voinţelor asociaţilor

294. Actul constitutiv şi contractul de societate. Actul juridic care consemnează voinţa exprimată a asociaţilor de a crea o societate cu personalitate juridică, împreună cu elementele sale caracteristice, este actul constitutiv.

Legea nr. 31/1990 privind societăţile recomandă revenirea la vechea denumire de act constitutiv[7] care înglobează speciile anterioare: contract şi statut[8], respectiv

---

[1] În privinţa transferului dreptului de proprietate asupra aporturilor şi suportarea riscurilor, a se vedea şi *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 162-163.

[2] De exemplu: C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 11/1994, în Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul 1994, op. cit., p. 209.

[3] Art. 1284 şi urm. C.civ. *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, op. cit., p. 71.

[4] Art. 1280 C.civ. Contractul produce efecte numai între părţi, dacă prin lege nu se prevede altfel. Fermitatea formulării trecute (*res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*) a fost înlăturată. A se vedea *C. Stătescu, C. Bîrsan*, Drept civil. Teoria generală a obligaţiilor, op. cit., p. 68.

[5] Art. 67 alin. (1) LS.

[6] C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 191/1996, în Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul 1996, Ed. Proema, Baia Mare, 1997, p. 218.

[7] Consacrată de Codul comercial din 1887.

[8] Art. 5 alin. (1)-(5) LS.

societățile de persoane (societatea în nume colectiv sau în comandită simplă) se constituie prin contract de societate, iar societățile de capitaluri (societatea pe acțiuni, în comandită pe acțiuni sau cu răspundere limitată) se constituie prin contract de societate și statut. În cazul societății cu răspundere limitată cu asociat unic lipsa caracterului contractual obligă la întocmirea unui singur înscris: statutul.

Cu toate acestea contractul de societate și statutul pot fi încheiate sub forma unui înscris unic, actul constitutiv, denumire păstrată și dacă se încheie numai contract de societate sau numai statut. În concluzie legislația societară desemnează ca act constitutiv atât înscrisul unic, cât și contractul de societate și/sau statutul societății. În mod general societatea cu personalitate juridică se constituie prin act constitutiv, în condițiile arătate.

Actul juridic constitutiv, subordonat finalității sale, crearea unei societăți cu personalitate juridică având ascendentul în contractul de societate, conține voința asociaților în sensul de-a pune în comun anumite bunuri pentru exercitarea de către societate a unor activități economice urmărind realizarea și împărțirea beneficiilor si economiilor.

Prin voința asociaților actul constitutiv va detalia valorile patrimoniale, aporturile alăturate, pentru a da naștere capitalului social, modul în care voințele asociaților se vor armoniza pornind de la prezumția unei intenții comune de-a colabora în realizarea unui scop comercial (*affectio societatis*) și modul de dobândire și împărțire a rezultatelor activității. Dar voința asociaților în concretizarea acestor obiective va evolua în domeniul impus de normele Legii privind societățile.

Așa cum în dreptul comun contractul este legea părților dacă se înscrie în domeniul trasat autonomiei de voință[1] și actul constitutiv în care voințele asociaților converg în domeniul conturat de normele societare este legea asociaților. În măsura în care actul constitutiv nu dispune urmează să se aplice legea specială ce guvernează actul constitutiv, Legea nr. 31/1990, iar în completare Codul civil[2]. Actul constitutiv fixează voința asociaților și trasează conform acesteia profilul societății alese.

295. Condițiile de valabilitate ale actului constitutiv. Condițiile de valabilitate cerute în materia contractuală trebuie satisfăcute și de actul constitutiv[3].

296. Consimțământul. Consimțământul exprimat de asociat trebuie să nu fie viciat. Materia contractuală comună (eroare, dol, violență, leziune) este direct aplicabilă și contractului de societate deși incidența acestor reglementări este mai degrabă rară.

Eroarea în care se poate afla asociatul trebuie să fie una esențială, iar co-asociații știau sau trebuiau să știe că faptul asupra căruia a purtat eroarea era esențial pentru încheierea contractului. O astfel de eroare ar putea să privească *persoana unui asociat* în cazul unei societăți de persoane (contract *intuitu personae*) sau *tipul de societate*.

Consimțământul trebuie să fie unul sincer. Lipsa lui de sinceritate ridică problema societății simulate, respectiv constituirea societății poate avea ca scop disimularea unui

---

[1] Art. 11 C.civ.

[2] Art. 1887 C.civ. Codul civil este dreptul comun în materia societăților.

[3] Pentru o tratare detaliată în privința condițiilor de formă și de fond în privința actului constitutiv, *St.D. Cărpenaru*, op. cit., p. 147-154.

alt act juridic (secret) precum: un contract de muncă, pentru fraudarea contribuțiilor la bugetul asigurărilor sociale, un contract de vânzare cumpărare (a unui bun mobil sau imobil), donația etc. Respectând principiul voinței reale actul secret produce efecte doar între părți, dacă el însuși satisface cerințele de valabilitate, și nu poate fi opus terților sau creditorilor[1].

Alături de societatea simulată se poate reține și situația societății fictive care nu este decât o creație născută pentru a ocoli o interdicție, incapacitate etc., recurgând la persoane interpuse pentru ascunderea adevăraților asociați.

Totuși legea acceptă asocierea de către un asociat a unei terțe persoane la drepturile sale sociale, fără consimțământul celorlalți asociați, dar persoana respectivă nu va putea deveni asociat al societății fără consimțământul celorlalți asociați. Asociatul nu poate ceda, fără consimțământul tuturor celorlalți asociați, drepturile sale sociale în acest fel, dar o astfel de asociere permite transmiterea sau partajarea drepturilor pecuniare ale asociatului în lipsa consimțământului sau chiar a cunoștinței celorlalți asociați[2].

Situația societății fictive este destul de delicată din punct de vedere juridic. Declararea nulității unei asemenea societăți se lovește de specificul nulității în materie societară, așa cum a fost tratat în capitolul trecut. Existența unor motive limitative, de sorginte europeană, în privința declarării nulității societății împiedecă recurgerea la această sancțiune în această materie[3].

297. Capacitatea. Normele societare nu conțin condiții speciale aplicabile contractului de societate astfel încât deplina capacitate de exercițiu este aplicabilă și în domeniu pentru încheierea unui act constitutiv. Nici chiar formele societare tranzitorii, proiectate temporar pentru tineri, societatea cu *răspundere limitată debutant (SRL-D)* nu conțin vreo derogare de la deplina capacitate de exercițiu în privința încheierii actului constitutiv.

În privința capacității necesare pentru încheierea actului constitutiv trebuie subliniată limitarea, relevată deja, în privința calității de fondator. Fondatorii sunt în esență primii asociați ai societății cu personalitate juridică astfel încât reglementarea care îi privește ține de condițiile privind capacitatea necesară la încheierea actului constitutiv.

Legea societară stabilește o incapacitate generală și una specială, respectiv nu pot fi fondatori persoanele care, potrivit legii, sunt incapabile ori care au fost condamnate pentru anumite infracțiuni economice[4].

---

[1] Art. 1289-1291 C.civ.

[2] În dreptul francez este *convention de croupier*. A se vedea *Ph. Merle*, op. cit., p. 78.

[3] Prima Directivă de drept societar (în prezent Directiva 2009/101/CE, art. 11) prezintă limitativ cazurile în care poate fi declarată nulitatea unei societăți comerciale. Nici validitatea consimțământului, nici lipsa cauzei nu figurează printre motive. A se vedea CJUE, C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (1990), care statuează obligația instanțelor naționale de a aplica dreptul în lumina directivelor de drept european, chiar neimplementate direct.

[4] Art. 6 alin. (2) LS. Infracțiunile care atrag incapacitatea sunt: gestiunea frauduloasă, abuz de încredere, fals, uz de fals, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, dare sau luare de mită, infracțiunile prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea si sancționarea spălării

Societatea între soți a dobândit o reglementare expresă care înlătură vechile neajunsuri de acomodare a regimului comunității bunurilor cu aportarea de bunuri comune. Celelalte regimuri matrimoniale au soluții pentru realizarea aporturilor fără intervenția legiuitorului.

Niciunul dintre soți nu poate singur, fără consimțământul scris al celuilalt șot, să dispună de bunurile comune ca aport la o societate sau pentru dobândirea de titluri reprezentative (părți sociale ori acțiuni). Sancțiunea legală este anularea actului juridic (art. 347 C.civ.). Soțul nu poate dobândi calitatea de asociat prin aportarea de bunuri comune fără consimțământului celuilalt soț (art. 1882 C.civ.).

Calitatea de asociat este recunoscută soțului care a aportat bunul comun, dar pârtile sociale sau acțiunile sunt bunuri comune. Soțul asociat exercită singur drepturile ce decurg din această calitate si poate realiza singur transferul părților sociale ori, după caz, al acțiunilor deținute. Dacă celălalt soț își exprimă dorința, calitatea de asociat poate fi recunoscută acestuia, caz în care fiecare dintre soți are calitatea de asociat pentru părțile sociale sau acțiunile atribuite în schimbul a jumătate din valoarea bunului, dacă soții nu au convenit altfel. Într-un mod tranșant, Codul civil declară că părțile sociale sau acțiunile ce revin fiecăruia dintre soți sunt bunuri proprii astfel încât acele juridice asupra acestora scapă de unanimitatea impusă modalităților dreptului de proprietate (art. 349 C.civ.).

298. Obiectul actului constitutiv. În termenii contractuali clasici obiectul contractului este împrumutat de obiectul raportului juridic şi este reprezentat de prestațiilor părților, eventual referitor la bunuri, *obiectul derivat*. Codul civil reașează lucrurile definind obiectul contractului *operațiunea juridică* convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor si obligațiilor contractuale. În privința contractului de societate obiectul său este reprezentat de desfășurarea de activități economice, punând în comun bunuri, în scopul împărțirii beneficiilor şi economiilor realizate.

Separat de acest obiect contractual societatea mai cunoaşte un *obiect social*, practic un obiect de activitate care cuprinde activitățile propuse spre efectuare de societate[1].

Actul constitutiv trebuie să aibă un obiect *determinat*. Soluția este mai degrabă una declarativă fiindcă nimic nu opreşte o societate să aleagă un obiect cuprinzător, cu o diversitate de activități economice. Chiar stabilirea aprioricâ a acestui obiect, oricât de larg, îl face determinat. Obiectul contractului trebuie să fie licit, în acord cu ordinea publică si bunele moravuri (art. 1882 C.civ.).

Raportat la obiectul contractului şi obiectul social se studiază şi *interesul social*, interesul superior al societății, distinct de interesul asociaților. Noțiunea este dezbătută şi invocată la fiecare abuz societar: fie de majoritate, fie de minoritate. Doar raportat la acest interes social poate fi stabilită abaterea de la practicile societare acceptate.

---

banilor ți pentru instituirea unor măsuri de prevenire si combatere a finanțării actelor de terorism, infracțiunile prevăzute de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolventei şi infracțiunile din Legea privind societățile.

[1] Informațiile referitoare la activitățile economice şi sociale, utilizează o clasificare oficială – clase de activitate – prevăzute în Ordinul președintelui INS nr. 337/2007 privind actualizarea Clasificării activităților din economia națională – CAEN (M.Of. nr. 293 din 3 mai 2007).

Tocmai poziția de etalon a acestui interes social face noțiunea greu de delimitat. Voința socială la un moment de timp este dată de majoritatea de acționari la acel moment, practic voința acționarului majoritar se suprapune, vremelnic, cu voința socială. Întrebarea este dacă și interesul social se situează în același mod raportat la acționari; dacă unii acționari sunt purtătorii interesului social, respectiv dacă interesul lor se suprapune cu interesul social. Construcția societară neagă însă această abordare. Doar distincția totală dintre acționari și societate asigură protecția acesteia de abuzurile acționarilor și identificarea interesului social care ține de integritatea patrimonială a societății și valorificarea doar în interesul său a bunurilor și creditului social.

299. Cauza. Contractul de societate are o finalitate urmărită de asociați. Tocmai acest motiv pentru care asociații colaborează în forma socială reprezintă *cauza societății*. Cauza este realizarea obiectului social astfel încât între cele două noțiuni există o asemenea legătură.

Cauza trebuie să existe, să fie licită și morală (art. 1236 C.civ.). Actul constitutiv are un motiv material clar care determină persoanele să-l încheie: obținerea de beneficii și împărțirea lor (atât timp cât clauzele leonine nu permit atribuirea lui în totalitate).

300. Condiții de formă ale actului constitutiv. Legea societăților impunea, în versiunea sa veche, pentru forma juridică a manifestării voinței asociaților forma autentică[1]. Codul civil instituie pentru contractul de societate, ca condiție de formă, încheierea în forma scrisă, formă necesară numai pentru dovada contractului. În cazul contractului de societate prin care se înființează o societate cu personalitate juridică (actul constitutiv) condiția de formă, instituită ca condiție de validitate, sub sancțiunea nulității absolute, este forma scrisă. În mod obligatoriu actul constitutiv trebuie sa prevadă asociații, aporturile, forma juridică, obiectul, denumirea și sediul societății (art. 1884 C.civ.).

În forma prezentă a Legii societăților cerința formei autentice a devenit o excepție, în cazurile strict reglementate de lege[2]. Regula este întocmirea actului constitutiv în formă scrisă. Normele legale fac referire la data certă pe care actul constitutiv, înscrisul sub semnătură privată, o obține prin depunerea la oficiul registrului comerțului.

Garanție a voinței exprimate de toți asociații, actul constitutiv se încheie în formă scrisă și se semnează de toți asociații sau fondatorii[3]. Forma autentică este obligatorie în cazul constituirii prin subscripție publică a societăților pe acțiuni, prezenței unor

---

[1] Art. 5 alin. (5) LS, în forma anterioară anului 2001, prevedea: Actul constitutiv se semnează de toți asociații sau, în caz de subscripție publică, de fondatori și se încheie în formă autentică.

[2] Art. 5 alin. (6) LS. Soluția aleasă este contrară celei tradiționale – art. 88 C.com. (abrogat) – care prevedea obligativitatea actului constitutiv autentic pentru societățile de capitaluri. Oricum judecătorul delegat dă valoare de act autentic mențiunilor actului constitutiv prin încheierea de înregistrare. A se vedea și *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 96-98.

[3] Semnatarii actului constitutiv, precum și persoanele care au un rol determinant în constituirea societății, sunt considerați fondatori.

aporturi reprezentate de imobile sau a angajării răspunderii nelimitate a asociaților prin actul constitutiv[1].

Prin norme metodologice privind modul de ținere a registrului comerțului și de efectuare a înregistrărilor, cererile necesare pentru înmatriculare și alte operațiuni se întocmesc și se semnează de oricare fondator sau administrator al societății. În mod natural întocmirea lor se va face în conformitate cu prevederile actului constitutiv și în ultima instanță conform voinței asociaților fondatori.

301. Cuprinsul actului constitutiv. Forma pe care voința asociaților o dă actului constitutiv trebuie să respecte cuprinsul predefinit de lege. Doctrina făcea distincție între *elementele esențiale* și *elementele secundare* în privința cuprinsului actului constitutiv și a normelor de constituire ale societăților[2]. Elementele esențiale sunt cele prevăzute sub sancțiunea nulității absolute, respectiv asociații, aporturile, forma juridică, obiectul, denumirea si sediul societății [art. 1884 alin. (2) C.civ.]. Un alt element obligatoriu care poate să atragă nulitatea societății este capitalul social subscris[3]. Dincolo de aceste elemente Legea societăților prescrie, într-o formă destul de detaliată, cuprinsul actului constitutiv pentru toate tipurile de societăți.

Actul constitutiv al societății în nume colectiv, în comandită simplă sau cu răspundere limitată va cuprinde: datele de identificare a asociaților (cu arătarea asociaților comanditați unde este cazul); forma, denumirea si sediul social; durata societății; obiectul de activitate al societății, cu precizarea domeniului si a activității principale; capitalul social, cu menționarea aportului fiecărui asociat (valoarea aportului în natură dacă există și modul evaluării), modul de împărțire a acestuia în părți de interes sau părți sociale precum și numărul părților sociale atribuite fiecărui asociat pentru aportul său; persoanele (asociați sau neasociați) care reprezintă și administrează societatea împreună datele lor de identificare, puterile ce li s-au conferit și dacă ei urmează să le exercite împreună sau separat; persoanele numite cenzori sau auditori financiar (în cazul societăților cu răspundere limitată) împreună cu datele lor de identificare; partea fiecărui asociat la beneficii și la pierderi; sediile secundare – sucursale, agenții, reprezentanțe sau alte asemenea unități fără personalitate juridică – atunci când se înființează odată cu societatea, sau condițiile pentru înființarea lor ulterioară; modul de dizolvare și de lichidare a societății[4].

302. Cuprinsul actului constitutiv pentru societățile de capitaluri. Actul constitutiv al societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni va cuprinde: datele de identificare a fondatorilor (la societatea în comandită pe acțiuni vor fi menționați și asociații comanditați); forma, denumirea și sediul social; durata societății; obiectul de activitate al societății, cu precizarea domeniului și a activității principale; capitalul social subscris și cel vărsat și, în cazul în care societatea are un capital autorizat,

---

[1] Cerința privește doar societățile în nume colectiv și comandită simplă, nu și societatea în comandită pe acțiuni.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 128; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 99.

[3] Art. 56 lit. f) LS.

[4] Art. 7 LS.

cuantumul acestuia; natura şi valoarea bunurilor constituite ca aport în natură, numărul de acţiuni acordate pentru acestea persoanei care le-a adus ca aport; numărul şi valoarea nominală a acţiunilor, cu specificarea dacă sunt nominative sau la purtător (dacă sunt mai multe categorii de acţiuni, numărul, valoarea nominală şi drepturile conferite fiecărei categorii de acţiuni); orice restricţie cu privire la transferul de acţiuni; datele de identificare a primilor membri ai consiliului de administraţie, respectiv a primilor membri ai consiliului de supraveghere; puterile conferite administratorilor şi, după caz, directorilor, respectiv membrilor directoratului, şi dacă ei urmează să le exercite împreună sau separat; datele de identificare a primilor cenzori sau a primului auditor financiar; clauze privind conducerea, administrarea, funcţionarea si controlul gestiunii societăţii de către organele statutare, numărul membrilor consiliului de administraţie sau modul de stabilire a acestui număr; modul de distribuire a beneficiilor şi de suportare a pierderilor; sediile secundare – sucursale, agenţii, reprezentanţe sau alte asemenea unităţi fără personalitate juridică – atunci când se înfiinţează odată cu societatea, sau condiţiile pentru înfiinţarea lor ulterioară, dacă se are în vedere o atare înfiinţare; orice avantaj special acordat, în momentul înfiinţării societăţii sau până în momentul în care societatea este autorizată să îşi înceapă activitatea, oricărei persoane care a participat la constituirea societăţii ori la tranzacţii conducând la acordarea autorizaţiei în cauză, precum şi identitatea beneficiarilor unor astfel de avantaje; numărul acţiunilor comanditarilor în societatea în comandită pe acţiuni; cuantumul total sau cel puţin estimativ al tuturor cheltuielilor pentru constituire; modul de dizolvare şi de lichidare a societăţii[1].

Cuprinsul actului constitutiv este prevăzut destul de detaliat normativ însă acesta nu epuizează posibilităţile de individualizare pe care le au asociaţii în privinţa creaţiei lor societare. Întreaga construcţie a legii societăţilor prevede elemente de arhitectură societară care acţionează oricum în lipsa opţiunii asociaţilor, pe principiul acţiunii normelor supletive. Cuprinsul actului constitutiv relevă prevederile obligatorii sau opţionale pentru asociaţi, dar nu relevă limitările, constrângerile în privinţa variabilelor aflate la îndemâna asociaţilor (forma juridică, capital, titluri reprezentative, răspundere etc.).

303. Limitări legale ale voinţei asociaţilor la încheierea actului constitutiv. Dincolo de sistemul normelor supletive tipice pentru dreptul privat, dreptul societar conţine şi o reţea de norme imperative care limitează imperativ iniţiativa asociaţilor în demersul lor de proiectare societară, în vederea constituirii unei societăţi cu personalitate juridică. O parte din aceste limitări legale se înfăţişează din punct de vedere juridic ca adevărate îngrădiri ale capacităţii juridice (de folosinţă) a persoanelor, cea privind pe fondatorii societăţilor fiind relevată deja.

Prima limitare majoră pe care legiuitorul o impune asociaţilor este *tipul de societate*. Codul civil preia rolul izvorului societar de drept comun şi fixează tipurile de societăţi, respectiv societăţile pot fi: simple, în participaţie, în nume colectiv, în comandită simplă, cu răspundere limitată, pe acţiuni, în comandită pe acţiuni, cooperative, şi alte tipuri de societăţi reglementate de lege (art. 1888 C.civ.).

[1] Art. 8 LS.

Legiuitorul, în creația sa societară care departe de-a fi originală a preluat din tradiția Codului comercial de la 1887 și creațiile viabile de pe plan internațional, a impus niște *șabloane societare* delimitate de norme imperative grupate, niște *tipuri predefinite de societăți*. Aceste tipuri sunt în număr de cinci, definite limitativ pentru a exclude creația asociaților în domeniu. Voința asociaților se manifestă doar prin alegerea unui tip din cele predefinite. Orice alt tip de societate sau combinație între cele existente apare ca prohibită[1]. Alegerea unui tip de societate implică deci automat supunerea voinței proprii unui număr de norme ce definesc acest tip[2]. Voința asociaților va evolua în mod necesar în interiorul câmpului limitat de aceste norme.

304. Șabloane societare. Forme societare predefinite. Asociații nu pot decât să accepte sau să respingă un grup de norme *in corpore* în procesul alegerii unui anume șablon de societate. Creația tipurilor de societate și-o rezervă în exclusivitate legiuitorul. Tipurile de societăți, conform Legii nr. 31/1990, sunt: societatea în nume colectiv, societatea în comandită simplă, societatea pe acțiuni, societatea în comandită pe acțiuni și societatea cu răspundere limitată cu subspecia sa[3], societatea cu răspundere limitată cu asociat unic[4]. Legiuitorul definește în principal tipurile de societăți prin întinderea răspunderii asociaților: asociații în societatea în nume colectiv și asociații comanditați din societatea în comandită simplă sau comandită pe acțiuni *răspund nelimitat și solidar* pentru obligațiile sociale; asociații comanditari din societatea în comandită simplă, asociații acționari din societățile pe acțiuni, în comandită pe acțiuni și asociații în societatea cu răspundere limitată *răspund numai până la concurența capitalului social subscris*[5].

Ca regulă generală, derivând din personalitatea juridică a societății, obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social. Raportul dintre asociați și creditorii societății este cel care guvernează tipul de răspundere. Dacă societatea nu-si îndeplinește obligațiile față de creditori aceștia au la îndemână recurgerea la urmărirea asociaților, în cazul asociaților cu răspundere nelimitată, dacă societatea nu le plătește în termen de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, sau trebuie să se limiteze la acest patrimoniu social, în cazul asociaților cu răspundere limitată. Afirmația legii ca aceștia răspund în limita capitalului social subscris nu înseamnă că creditorii au drept de urmărire limitat împotriva lor. Legea se referă la aporturile asociaților, dar acestea fac deja parte din patrimoniul social, și reprezintă limita maximă a răspunderii în sensul valorii maxime a pierderii pe care o riscă asociatul. Astfel încât creditorii nu au nicio

---

[1] Imposibilitatea creării „societății nenumite" a fost general acceptată de doctrină (*I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 29; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 157).

[2] O societate comercială a cărei formă nu a fost stabilită expres în contractul de societate trebuie să fie considerată societate în nume colectiv în scopul ocrotirii terților (*I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 32-34).

[3] În sensul calificării societății cu asociat unic ca a șasea formă de societate comercială, a se vedea *Gh. Piperea*, Natura juridică a societății comerciale unipersonale, în RDC nr. 4/2000, p. 74-80.

[4] Art. 2 LS.

[5] Art. 3 LS.

posibilitate de a urmări patrimoniul asociaților, trebuind să se limiteze la patrimoniul social, constituit inițial din bunuri din patrimoniul asociaților.

În cadrul tipului de societate ales și a normelor proprii definite de lege, voința asociaților are un anumit teren de exprimare.

305. Libertatea de asociere societară. Dacă tipul de societate este limitativ impus, numărul societăților este nelimitat, aceeași asociați putând crea un număr nelimitat de societăți de tipuri, impuse de legiuitor, diferite (cu îngrădiri în privința societății cu răspundere limitată cu asociat unic și în privința asociaților cu răspundere nelimitată în societăți concurente).

În vederea efectuării activități economice cu scop lucrativ persoanele fizice și juridice se pot asocia și pot constitui societăți cu personalitate juridică (art. 1 LS). Este o reafirmare a autonomiei de voință a asociaților în materia societară.

În mod excepțional actul constitutiv poate fi și un act juridic unilateral în cazul societății cu răspundere limitată cu asociat unic. În acest caz voința asociatului va fi și voința socială (art. 13 LS), dar asociatul afectează activității cu scop lucrativ un patrimoniu distinct de al său, patrimoniul societății cu personalitate juridică. Prin actul său de voință, cenzurat și încuviințat de autoritate, asociatul dă naștere unei persoane juridice care respiră în domeniul societar, capătă drepturi și obligații care definesc un patrimoniu distinct. În mod simetric și o persoană juridică poate da naștere unei persoane juridice unipersonale noi, voința socială fiind finalmente aceeași, dar afectând persoanei juridice noi un patrimoniu distinct, atribut al capacității sale de a sta în nume propriu ca subiect de drept în raporturile juridice. Dacă în mod normal asociații pot înființa oricâte societăți de diferite tipuri, în acest caz, al societății cu răspundere limitată cu asociat unic, apare o limitare a voinței asociatului, respectiv o persoană fizică sau o persoană juridică nu poate fi asociat unic decât într-o singură societate cu răspundere limitată. Limitarea apare firească, dată de caracterul de excepție al societății cu răspundere limitată cu asociat unic, pentru a împiedeca multiplicarea unui patrimoniu într-o infinitate de patrimonii afectate fiecare unei persoane juridice distincte [art. 14 alin. (1) LS]. Mai mult, o societate cu răspundere limitată cu asociat unic nu poate avea asociat unic o altă societate alcătuită dintr-o singură persoană. Excepția societății alcătuită dintr-un singur asociat, conform celor expuse, este de strictă interpretare. Astfel, într-o speță instanța supremă a reținut că „Legea nr. 31/1990 nu a prevăzut posibilitatea constituirii societății în nume colectiv cu asociat unic, admisă numai în cazul societății cu răspundere limitată, în concluzie în mod greșit instanța a reținut îndeplinirea în speță a condițiilor legale"[1].

În vederea asigurării unei concurențe comerciale loiale legiuitorul a mai instituit o limitare a voinței asociaților din societățile în nume colectiv care astfel nu pot lua parte ca asociați cu răspundere nelimitată în societăți având același obiect de activitate, decât cu consimțământul celorlalți asociați [art. 82 alin. (1) LS].

---

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 170/1993, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1993, op. cit., p. 220.

306. Elementele constitutive ale şabloanelor societare[1]. Asociaţii, aderând la un tip de societate prin actul constitutiv, se supun unui ansamblu de norme imperative ce debutează alături de *tipul de răspundere* a asociaţilor cu *limite privind capitalul social* şi numărul de asociaţi. Astfel, societatea pe acţiuni sau în comandită pe acţiuni nu poate avea un capital social mai mic de 90.000 lei[2], iar cea cu răspundere limitată mai mic de 200 lei (art. 11 LS). În privinţa celorlalte societăţi nu există fixat un capital social însă aporturile în numerar sunt obligatorii pentru toate tipurile de societăţi, iar capitalul social trebuie să fie adecvat pentru activitatea economică aleasă. Evident, atât timp cât pentru societatea cu răspundere limitată capitalul social minim este atât de redus (200 lei) nu se poate pretinde societăţilor de persoane un capital mai ridicat. Practic el poate fi modic.

Numărul asociaţilor ca regulă trebuie se fie minim doi (art. 4 LS) cu excepţia societăţii cu răspundere limitată cu asociat unic (art. 13 LS), minim adoptat şi pentru societatea pe acţiuni (în cazul societăţii pe acţiuni din punct de vedere istoric minimul acţionarilor era de cinci). Societatea cu răspundere limitată cunoaşte şi un număr maxim de asociaţi, 50.

Tipul de răspundere, numărul de asociaţi, capitalul social minim sunt primele cerinţe care definesc fiecare şablon societar: societatea un nume colectiv, societatea în comandită simplă, societatea pe acţiuni, societatea în comandită pe acţiuni şi societatea cu răspundere limitată.

Tipul de aporturi şi titlurile reprezentative la capitalul social primite de asociaţi sunt ale cerinţe proprii fiecărui tip predefinit de societate. Aporturile, în numerar, în natură, în creanţe şi în muncă au fost cercetate odată cu contractul de societate. Condiţionările eventuale relevate pentru fiecare tip de aport în funcţie de tipul de societate adaugă alte elemente constitutive la şabloanele societare. În afara aporturilor în numerar şi în natură, disponibile pentru toate tipurile de societăţi aporturile în creanţe şi aporturile în muncă cunosc restricţii după tipul de societate. Aporturile în creanţe nu sunt admise la societăţile pe acţiuni care se constituie prin subscripţie publică şi nici la societăţile în comandită pe acţiuni şi societăţile cu răspundere limitată. Aporturile în muncă sau servicii nu pot constitui aport la formarea ori la majorarea capitalului social pentru nicio societate, însă sunt premise la societatea în nume colectiv şi pentru asociaţii comanditaţi de la societăţile în comandită.

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăţi comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, op. cit., p. 37.

[2] Valoarea minimă a capitalului social al societăţilor pe acţiuni sau în comandită pe acţiuni este de 25.000 euro, în vederea alinierii la nivelul european (Directiva a II-a de Drept societar european). Guvernul a primit competenţa de a realiza această aliniere prin hotărâre a sa. Astfel, Guvernul va putea modifica, cel mult o dată la 2 ani, valoarea minimă a capitalului social, ţinând seama de rata de schimb, astfel încât acest cuantum să reprezinte echivalentul în lei al sumei de 25.000 euro (art. 10 LS).

Trebuie subliniat caracterul general al limitei relevate a capitalului social pentru societăţile pe acţiuni. Domenii comerciale aparte care cunosc un nivel special de reglementare şi au în general instituită şi o autoritate administrativă autonomă de supraveghere şi reglementare cunosc limite mult mărite în privinţa minimului capitalului social în vederea garantării realizării obiectului specific de activitate. Exemple: servicii privind valorile mobiliare, intermedierea pe pieţe reglementate (Legea nr. 297/2004) etc.

Tipurile de titluri reprezentative eliberate asociaților sunt părțile de interes (societățile de persoane), părțile sociale (societățile cu răspundere limitată) și acțiunile (societățile pe acțiuni).

Dincolo de diferențele lingvistice este importantă pentru titlurile reprezentative calificarea ca *titluri negociabile* în sensul teoriei comerciale [a se vedea Titlul IX (*Titlurile de credit*)]. Din această perspectivă doar acțiunile au calitatea de *valori mobiliare* și regimul acestora. Doar societățile pe acțiuni emit valori mobiliare (acțiuni, obligațiuni) care au vocația tranzacționării pe piețe reglementate (instrumente financiare în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital). Societățile de persoane și societățile cu răspundere limitată nu emit titluri negociabile, instrumente cu circulație separate și independent de modificarea actului constitutiv.

Legea societară stabilește și *valorile nominale minime* pentru părți sociale (10 lei) și acțiuni (0,1 leu)[1].

Denumirea societății cu răspundere limitată induce o anumită confuzie. Răspunderea limitată este comună și pentru societățile pe acțiuni. O formulare aparent oximoronică de tipul societatea pe acțiuni este o societate cu răspundere limitată este riguroasă științific. De fapt societatea cu răspundere limitată nu are exclusivitatea acestui tip de răspundere, iar diferența dintre șablonul societății pe acțiuni și al societății cu răspundere limitată rezidă în principal în tipul de titluri emise: societatea pe acțiuni emite valori mobiliare pe când societatea cu răspundere limitată nu emite titluri negociabile în sens comercial.

Alte elemente caracteristice ale șabloanelor societare, mai aprofundate, țin de *organele instituționalizate*. Societățile pe acțiuni, mai evaluate, au individualizate toate tipurile de organe instituționalizate societare: organe de deliberare (adunarea generală), organe de administrare (consiliu de administrație și directori sau consiliu de supraveghere și directorat) și organe de control (auditori sau cenzori). Societățile de persoane nu au instituite astfel de organe colective cu competențe predefinite legal.

Șabloanele societare tind la o standardizare a actelor constitutive prin predefinirea unui proiect de act constitutiv tipic pentru fiecare societate.

Secțiunea a 3-a. Constituirea societății cu personalitate juridică

307. Faza contractuală. Constituirea societății cu personalitate juridică are ca prim motor voința asociaților. Comună tuturor tipurilor de societăți este întocmirea și asumarea actelor constitutive ale societății. Acesta este momentul de plenitudine în exprimare al asociaților. Dincolo de elementele constitutive ale oricărui contract de societate, persoana asociaților, aporturile, activitățile lucrative desfășurate în comun cu finalitatea împărțirii beneficiilor și economiilor și suportarea pierderilor, forma societății cu personalitate juridică obligă la alegerea unui tip, unui șablon societar. Odată făcute aceste alegeri asociații au deja un proiect de act constitutiv predefinit de lege care ghidează voințele lor în particularizarea actului constitutiv.

Faza contractuală este importantă fiindcă generează deja efecte juridice. Semnarea actului constitutiv nu dă naștere societății cu personalitate juridică, dar reprezintă izvorul pentru raportul juridic care ia naștere între asociați. În tot timpul creării societății cu personalitate juridică, până la momentul înmatriculării în registrul comerțului, contractul de societate produce efecte depline între asociați. Codul civil reține faptul că

[1] Art. 93 LS.

societățile supuse înmatriculării și rămase neînmatriculate, precum și societățile de fapt sunt asimilate societăților simple. Semnarea actului constitutive dă naștere imediat unei societăți simple supuse condiției înmatriculării care poate să rămână în acest stadiu, dacă înmatricularea societății nu mai este realizată.

Faza contractuală mai poate fi dublată de întocmirea unor înscrisuri complementare precum pacte ale acționarilor[1] sau regulamente interioare[2].

O astfel de constituire a societății este cunoscută ca o *constituire simultană*, din punct de vedere contractual, în contrapunere cu procedura *constituirii societății prin subscripție publică* (doar pentru societatea pe acțiuni).

308. Proceduri speciale de constituire a societăților. Constituirea prin subscripție publică a societății pe acțiuni. Actul constitutiv poate consemna întâlnirea voințelor asociaților fie simultan, când este semnat de toți asociații [art. 5 alin. (6) LS], fie în urma unui proces de subscripție publică[3].

Pentru acest proces legea stabilește atribuții speciale în sarcina *fondatorilor*, definiți ca fiind semnatarii actului constitutiv și persoanele care au rol determinant în constituirea societății (noțiunea de *fondator* este comună tuturor tipurilor de societate). Semnatarii actului constitutiv vor fi desemnați de adunarea constitutivă[4] creată pentru finalizarea fazei contractuale a acestui tip de constituire a societății pe acțiuni. Calitatea de fondator trebuie să fie recunoscută prin actul constitutiv pentru a asigura acestora beneficiile ce decurg din ea.

În procesul creării societății prin subscripție publică rolul voinței fondatorilor este important. Ei au inițiativa constituirii societății, iar prospectul de emisiune, schița viitorului act constitutiv, este rodul și concretizarea voinței fondatorilor. De altfel cuprinsul *prospectului de emisiune* va cuprinde toate elementele actului constitutiv al societății pe acțiuni cu constituire simultană cu excepția mențiunilor privind pe administratori si directori, respectiv pe membrii directoratului și ai consiliului de supraveghere, precum și pe cenzori sau, după caz, pe auditorul financiar. Voința fondatorilor a prefigurat viitoarea societate cu toate elementele sale caracteristice: denumire, sediu, emblemă, tip (poate fi doar societate pe acțiuni), obiect de activitate, capital, valoare și tip de acțiuni, durată etc.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 92. Pactele acționarilor pot fi înțelegeri bi- sau multilaterale ce propun soluții pentru transferul titlurilor reprezentative, conlucrare societară, clauze de neconcurentă etc. Mult timp dreptul nostru a privit cu circumspecție aceste creații, mergând până la interzicerea lor. În prezent doar convențiile prin care acționarul se obligă a exercita dreptul de vot în conformitate cu instrucțiunile date de societate sau de persoanele cu atribuții de reprezentare sunt nule (art. 128 LS). A se vedea *D.M. Șandru*, Pacte societare, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universitară, București, 2012.

[2] Astfel de acte nu sunt obligatorii precum cele din dreptul muncii. Ele urmăresc de obicei reglementarea activității unor organe colective precum consiliul de administrație, consiliul de supraveghere etc.

[3] *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 230 și urm.; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 309-314.

[4] Art. 28 lit. d) teza a III-a LS.

Importanța prospectului, prefigurare a actului constitutiv, este întărită prin cerința *formei autentice* pentru prospectul de emisiune întocmit de fondatori [art. 18 alin. (2) LS] și controlul autorității prin autorizarea publicării de către judecătorul delegat de la oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunalul din circumscripția (județul) unde societatea își va avea sediului.

Prospectul de emisiune[1] are valoarea unei oferte făcută public[2] cu termen, fiind obligatorie menționarea datei închiderii subscripției. Termenii sunt cei specifici formării contractelor, nu materiei burselor de valori. Legislația pieței de capital definește oferta publică de valori mobiliare emise de societate (oferta primară, inițială sau nu) sau aflate în circulație (oferta secundară)[3].

Distincția între oferta publică definită de legislația valorilor mobiliare și subscripția publică, proprie dreptului comun al societăților, depinde de finalitatea operațiunii. Legislația pieței de capital reglementează emitenții și instrumentele financiare, respectiv impune autorizarea administrativă de către Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.) a ofertelor având ca obiect instrumente financiare tranzacționate pe piețe reglementate sau care se intenționează să fie admise la tranzacționare subsecvent derulării ofertelor. Constituirea societăților prin subscripție publică este o metodă tradițională de constituire a societăților pe acțiuni. În măsura în care intențiile fondatorilor nu vizează un proces de admitere la tranzacționare incidența legii pieței de capital este forțată. Dacă legiuitorul dorea putea să asimileze subscripția publică, care are o reglementare proprie completă, cu oferta publică de vânzare (primară și inițială) de valori mobiliare care cad sub incidența Legii privind piața de capital. Astfel încât doar în măsura în care subscripția publică înglobează și finalitatea unei oferte publice de valori mobiliare este justificată incidența Legii nr. 297/2004[4].

Dacă voința fondatorilor e cuprinsă în prospectul de emisiune în forma arătată, voința celorlalte persoane de a deveni acționari este constatată prin semnarea prospectului de emisiune, prin subscriere[5]. Doctrina definește subscrierea ca „manifestarea de voință a unei persoane prin care se obligă să devină acționar al societății, prin efectu-

---

[1] A se vedea *E. Cârcei*, Despre prospectul de emisiune și subscrierea acțiunilor, în Dreptul nr. 10-11/1995, p. 45.

[2] Prospectul de emisiune este o ofertă de contract (act unilateral) făcută unor persoane nedeterminate. *D.D. Gerota*, op. cit., p. 123; *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 234; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 327, *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 309.

[3] Art. 2 alin. (1) pct. 18 din Legea nr. 297/2004. Oferta publică este comunicarea adresată unor persoane, făcută sub orice formă și prin orice mijloace, care prezintă informații suficiente despre termenii ofertei și despre valorile mobilare oferite, astfel încât să permită investitorului să adopte o decizie cu privire la vânzarea, cumpărarea sau subscrierea respectivelor valori mobiliare.

[4] Art. 173 și urm. din Titlul V (*Operațiuni de piață*), Capitolul I (*Oferte publice*) din Legea nr. 297/2004. Orice ofertă publică trebuie făcută ulterior emiterii deciziei A.S.F. de aprobare a prospectului de ofertă. Anunțul de ofertă publică și prospectul vor fi făcute disponibile prin publicitate conform legii.

[5] A se vedea *D.D. Gerota*, op. cit., p. 124; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 310.

area unui aport la capitalul social al acesteia, în schimbul căruia va primi acțiuni de o valoare nominală egală"[1].

Subscrierea se realizează în forma legală pe unul sau mai multe exemplare ale prospectului de emisiune vizate de judecătorul delegat [art. 19 alin. (1) și (2) LS].

De fapt manifestarea de voință a subscriitorului este redusă la o aderare la mențiunile prospectului, acesta atestând că le cunoaște și le acceptă. Subscrierea are valoarea unei acceptări contractuale care trebuie să concorde cu oferta. Prin excepție, doar avantajele oferite fondatorilor, prin voința acestora, trebuie aprobate de adunarea constitutivă.

Societatea se poate constitui dacă întreg capitalul social a fost subscris și minim jumătate a fost vărsat de fiecare acceptant[2], aporturile în natură trebuind acoperite integral. În caz contrar doar adunarea constitutivă poate aproba majorarea sau micșorarea capitalului social la nivelul subscripției (art. 22 LS).

309. Adunarea constitutivă. Specific constituirii societății pe acțiuni prin subscripție publică este adunarea acceptanților prospectului de subscripție care adaugă elementele care privesc administrarea și controlul societății în actul constitutiv, validează întregul proces și consfințește încheierea fazei contractuale a constituirii societății.

În termen de cel mult 15 zile de la data închiderii subscrierii, fondatorii convoacă adunarea constitutivă, prin publicarea convocatorului în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, și în două ziare cu largă răspândire, cu 15 zile înainte de data fixată pentru adunare. Convocatorul cuprinde locul și data adunării și ordinea de zi care va face obiectul discuțiilor.

Fondatorii sunt cei chemați să întocmească lista celor care, acceptând subscripția, au dreptul să participe la adunarea constitutivă, cu menționarea numărului acțiunilor fiecăruia, lista ce va fi afișată la locul unde se va ține adunarea, cu cel puțin 5 zile înainte de adunare.

Adunarea alege un președinte și doi sau mai mulți secretari care verifică îndeplinirea condițiilor de constituire. Participarea acceptanților se constată prin liste de prezență, semnate de fiecare acceptant și vizate de președinte și de unul dintre secretari. Oricare acceptant are dreptul să facă obiecțiuni asupra listei afișate de fondatori, înainte de a se intra în ordinea de zi a adunării care va decide asupra acestora.

Specific adunării constitutive este principiul *un om un vot* derivat din faptul că adunarea este una de acceptanți, nu de posesori de titluri de participare la capitalul social în sensul dreptului societar. Acceptanții pot fi reprezentați cu procură specială, dar nimeni nu poate reprezenta mai mult de cinci acceptanți.

Adunarea este legal constituită dacă este îndeplinită cerința de cvorum de jumătate plus unu din numărul acceptanților și ia hotărâri cu votul majorității simple a celor prezenți sau reprezentați (art. 25 LS).

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 310.

[2] Restul din capitalul social subscris va trebui vărsat în termen de 12 luni de la înmatriculare (art. 21 LS).

Adunarea constitutivă verifică voințele exprimate ale acceptanților[1], cenzurează actele fondatorilor în numele societății, numește administratorii și cenzorii, hotărăște asupra avantajelor rezervate fondatorilor și, mai ales, discută și aprobă actul constitutiv. În mod mai detaliat, adunarea verifică existența vărsămintelor, examinează și validează raportul experților de evaluare a aporturilor în natura, aprobă participările la profit ale fondatorilor și operațiunile încheiate în contul societății, discută și aprobă actul constitutiv al societății, îi desemnează pe aceia care se vor prezenta pentru autentificarea actului și îndeplinirea formalităților cerute pentru constituirea societății, numește primii membri ai consiliului de administrație, respectiv ai consiliului de supraveghere, și primii cenzori sau, după caz, primul auditor financiar (art. 28 LS).

Aprobarea actului constitutiv în adunare urmărește elementele prospectului de emisiune, corelând eventual capitalul social cu cel subscris, dar în esență voința acceptanților a fost exprimată prin declarația expresă privind cunoașterea și acceptarea prospectului de emisiune. De aceea adunarea constitutivă discută și aprobă actul constitutiv în lumina prospectului de emisiune, ale cărui prevederi, cu excepțiile de mai sus, nu le poate modifica. Modul de constituire o recomandă ca pe un garant al drepturilor tuturor acceptanților, ale voințelor deja exprimate. Rolul deosebit al fondatorilor în acest mod de constituire a societății este fixat prin stabilirea de răspunderi deosebite – adunarea generală nu le poate da descărcare de răspundere timp de cinci ani (art. 30 și 31 LS) – dar și de garantarea avantajelor lor.

310. Controlul autorității. Odată parcursă faza contractuală, prin încheierea simultană a actului constitutiv sau prin subscripție publică, și fixată voința asociaților în prevederile actului constitutiv, aceasta este urmată de controlul autorității[2] printr-o procedură administrativ-jurisdicțională realizată prin judecătorul delegat la oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunalul din circumscripția (județul) sediului social (art. 37 LS). În prezent această atribuție jurisdicțională așteaptă un transfer către un corp administrativ aparte: registratorii comerciali. Până la implementarea acestei soluții, directorii registrului comerțului, prin rezoluție, sunt chemați să realizeze controlul administrativ de legalitate[3].

Într-o viziune accentuat contractuală controlul autorității, administrativ sau jurisdicțional, are un rol constatator, iar nu constitutiv pentru societatea cu personalitate juridică. Adică actul de autorizare (încheierea judecătorului delegat sau a registratorului

---

[1] În sensul că adunarea în cauză este o adunare de contractanți, nu un organism social, *D.D. Gerota*, op. cit., p. 127; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 295; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 83-88.

[2] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 54.

[3] O.U.G. nr. 116/2009 pentru instituirea unor măsuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului (M.Of. nr. 654 din 22 septembrie 2010), modificată.

Ordonanța prevede că prin derogare de la prevederile Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului, ale Legii nr. 31/1990 – Legea societăților, competența de soluționare a cererilor de înregistrare în registrul comerțului și, după caz, a altor cereri aflate în competența de soluționare a judecătorului delegat aparține, până la reglementarea activității de înregistrare în registrul comerțului efectuată de registratori comerciali, directorului oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal și/sau persoanei ori persoanelor desemnate de către directorul general al Oficiului Național al Registrului Comerțului.

ori rezoluția directorului registrului în prezent) constată nașterea legală a societății și dispune înmatricularea și celelalte măsuri de publicitate[1]. Teoria instituțională a societății accentuează tocmai rolul controlului administrativ de la care emană chiar actul de naștere ce conferă personalitatea juridică a societății. Controlul autorității reprezintă în sine o condiție necesară pentru nașterea societății, dar el reprezintă și certificarea conformității societății (a actului constitutiv) cu cerințele legii societare. Eșecul acestui control al autorității ca și lipsa sa totală atrage incidența instituțiilor nulității și regularizării societății.

Între constatarea ca nule de drept a societăților ce nu s-au supus controlului autorității cu toate efectele nulității clasice și protejarea intereselor terților care s-au încrezut într-o entitate neconformă dreptului, legiuitorul a ales soluția a doua, tratând societatea nelegal constituită ca pe o realitate juridică și în ultimă instanță acceptând rolul voinței asociaților alături de controlul autorității[2].

311. Procedura legală. Obligația înregistrării societății revine fondatorilor, primilor administratori sau primilor membri ai directoratului și ai consiliului de supraveghere ori unui împuternicit al acestora[3].

Procedura înregistrării societăților cu personalitate juridică a cunoscut un intens proces de simplificare birocratică, o tendință de unificare a formalităților, de impunere a unei interfețe unice între solicitant și autoritățile administrative. În mod declarat *biroul unic* din cadrul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal este proiectat să asigure înregistrarea juridică, fiscală precum și din punctul de vedere al autorizării activității întreprinderii.

Izvoarele normative incidente în procedura înregistrării societății sunt Legea privind societățile[4], Legea privind registrul comerțului[5] și legile speciale de simplificare a formalităților de înregistrare[6].

Persoana îndreptățită va depune la *biroul unic* dosarul de înmatriculare a societății. Legea societăților stabilește actele necesare a se atașa la cererea-tip de înregistrare. Acestea sunt: actul constitutiv al societății, dovada efectuării vărsămintelor în condițiile actului constitutiv, dovada sediului declarat (act de proprietate, închiriere, comodat) și a

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Societăți comerciale, op. cit., p. 55.

[2] Efectul instituțional al înmatriculării în registrul comerțului a fost puternic subliniat de doctrină, contrapus elementului volițional. A se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 115.

[3] Art. 36 LS. Normele speciale, art. 6 din Legea nr. 359/2004, indică faptul că orice persoană interesată este în drept să ceară înregistrarea.

[4] Normele din Legea nr. 31/1990 sunt în mare parte suspendate de la aplicare în așteptarea înlocuirii atribuțiilor judecătorului delegat cu cele ale registratorilor comerciali.

[5] Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată și modificată. Normele sale privind atribuțiile judecătorului delegat sunt suspendate în așteptarea reglementării registratorilor comerciali.

[6] Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice; O.U.G. nr. 116/2009 pentru instituirea unor măsuri privind activitatea de înregistrare în registrul comerțului (M.Of. nr. 654 din 22 septembrie 2010), modificată.

disponibilității firmei (disponibilitatea si rezervarea firmei de către registrul comerțului), actele privind proprietatea în cazul aporturilor în natură subscrise și vărsate la constituire (pentru imobile, extrasul de carte funciară sau certificatul constatator al sarcinilor), actele constatatoare ale operațiunilor încheiate în contul societății și aprobate de asociați, declarația pe propria răspundere a fondatorilor, a primilor administratori și, după caz, a primilor directori, respectiv a primilor membri ai directoratului și ai consiliului de supraveghere și, dacă este cazul, a primilor cenzori, că îndeplinesc condițiile prevăzute de prezenta lege[1].

În privința sediului legea reglementează cu atenție existența sa reală și impune restricții de domiciliere a mai multor firme la aceeași adresă. Astfel, la același sediu vor putea funcționa mai multe societăți numai dacă imobilul, prin structura lui și suprafața sa utilă, permite funcționarea mai multor societăți în încăperi diferite sau în spatii distinct partajate[2].

Sediile sociale pentru care folosința își are izvorul în acte juridice de locațiune sau comodat necesită înregistrarea actului care atestă dreptul de folosință la organul fiscal din cadrul Agenției Naționale de Administrare Fiscala în a cărui circumscripție se situează imobilul cu destinație de sediu social. La rândul său organul fiscal eliberează un certificat care atestă faptul că pentru imobilul cu destinație de sediu social nu a fost înregistrat un alt contract privind folosința imobilului. Dacă un astfel de contract este deja înregistrat solicitantul este ținut să dea o declarație pe propria răspundere în formă autentică privind respectarea condițiilor referitoare la sediul social [art. 17 alin. (3) LS].

312. Procedura de înregistrare comercială este dublată de procedura de înregistrare fiscală (completarea vectorului fiscal cu informațiile relevante: salariați, contribuții, cifra de afaceri în scop TVA etc.) și de procedura de autorizare a desfășurării activității. Toate aceste formalități sunt realizate simultan, prin intermediul aceluiași birou unic.

În vederea **autorizării funcționării societății** solicitantul trebuie să depună, o dată cu cererea de înregistrare și actele doveditoare, declarația-tip pe propria răspundere, asumată de asociați sau de administrator privind faptul că persoana juridică îndeplinește condițiile de funcționare prevăzute de legislația specifică în domeniul sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului și protecției muncii, pentru activitățile din obiectul de activitate[3].

Procedura constituirii societății cu personalitate juridică, respectiv depunerea cererii tip de înmatriculare și a documentelor aferente, poate fi realizată și electronic. Cererea de înmatriculare și documentele anexate la aceasta în formă electronică, având încorporată semnătura electronică extinsă, pot fi trimise prin poșta electronică[4].

Conform dreptului comun societatea dobândește personalitate juridică prin, și de la data, înmatriculării în registrul comerțului[5].

---

[1] Art. 36 alin. (2) LS.

[2] Art. 17 alin. (4) LS. Numărul societăților ce funcționează intr-un imobil nu poate depăși numărul de încăperi sau spații distincte obținute prin partajare.

[3] Art. 15 din Legea nr. 359/2004.

[4] Art. 3 din Legea nr. 26/1990.

[5] Art. 1889 alin. (3) C.civ.

Legea societăților consacră, anterior Codului civil, același sistem: judecătorul delegat, prin încheiere, pronunțata în termen de 5 zile de la îndeplinirea cerințelor legale, autorizează constituirea societății și dispune înmatricularea ei în registrul comerțului. Înmatricularea în registru se efectuează în termen de 24 de ore de la data pronunțării încheierii judecătorului delegat de autorizare, societatea fiind persoană juridică de la data acestei înmatriculări (art. 41 LS).

Controlul jurisdicțional prezent este înlocuit cu un control administrativ care va fi preluat de registratorii comerciali. Înmatricularea în registrul comerțului, împreună cu toate efectele sale rămâne incidentă numai că temeiul său, încheierea judecătorului delegat, va fi înlocuit cu o rezoluție administrativă[1].

Subsecvent înmatriculării, solicitanții primesc *certificatul de înregistrare* conținând numărul de ordine din registrul comerțului și Codul unic de înregistrare atribuit de Ministerul Finanțelor Publice. Certificatul de înregistrare conținând Codul unic de înregistrare face dovada deplină privind funcționarea legală a societății, respectiv faptul că persoana juridică a fost luată în evidența oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal și în evidența organului fiscal. Pe parcursul existenței persoanei juridice dovada privind starea acesteia, referitoare la funcționare, dizolvare, reorganizare, lichidare, insolvență, reorganizare judiciară, faliment sau suspendare temporară a activității, se face cu *extrasul de registru* emis de oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunal, valabil 30 de zile de la data emiterii[2].

Înmatricularea societății este făcută publică și devine opozabilă terților de la publicarea sa în Monitorul Oficial, Partea a IV-a[3].

Conform dispozițiilor procedurale speciale ale Legii societăților actul jurisdicțional (încheierea) de înmatriculare a societății este executoriu și supus numai apelului, în termen de 15 zile de la data pronunțării pentru părți și de la data publicării în Monitorul Oficial pentru orice persoană interesată (art. 60 LS). Soluționarea apelului este de competență curții de apel în circumscripția căreia societatea își are sediul principal [art. 60 alin. (3) LS].

313. Regimul juridic al actelor încheiate în cursul constituirii societății. În cursul constituirii societății voința acesteia nu este nici ea constituită și nu poate fi exprimată în mod regulat. În această fază societatea nu poate dobândi și nu-și poate asuma în nume propriu obligații. Totuși încheierea anumitor acte juridice – de exemplu, un contract de locațiune în vederea viitorului sediu – în contul societății viitoare se poate dovedi imperios necesară. Legea societăților conține dispoziții speciale în privința actelor juridice încheiate de asociați și fondatori în contul societății în curs de constituire. Astfel, în actul constitutiv al societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni – și dispozițiile pot fi inserate în actele constitutive ale tuturor tipurilor de

---

[1] Art. 1 și 6 din O.U.G. nr. 116/2009, modificată. Directorul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal sau persoana ori persoanele desemnate autorizează, prin rezoluție, constituirea societăților comerciale, efectuarea tuturor înregistrărilor în registrul comerțului, a publicității, precum și înregistrarea în registrul comerțului a declarațiilor-tip pe propria răspundere și a datelor cuprinse în acestea, conform prevederilor legale în vigoare.

[2] Art. 9 din Legea nr. 359/2004.

[3] Art. 5 din Legea nr. 26/1990.

societăți – se pot cuprinde și operațiunile încheiate de asociați în contul societății ce se constituie [art. 8 lit. o) LS].

Potrivit legii (art. 53 LS) fondatorii și alte persoane care au lucrat în numele unei societăți răspund solidar și nelimitat față de terți pentru actele juridice încheiate cu aceștia în contul societății, în afară de cazul în care societatea, după ce a dobândit personalitate juridică, le-a preluat asupra sa. Actele astfel preluate sunt considerate a fi ale persoanei juridice încă de la data încheierii lor și produc efecte depline (art. 205 C.civ.). Temeiurile juridice ale preluării de societate a actelor încheiate de fondatori în contul său au fost redate diferit de doctrină[1]. Doctrina românească a explicat în majoritate încheierea actelor juridice în contul societății în curs de constituire prin existența unei *capacități de folosință restrânsă* la nevoile dobândirii personalității juridice[2]. Temeiul juridic al acestei personalități se regăsește în dreptul comun, respectiv persoanele juridice pot, chiar de la data actului de înființare, să dobândească drepturi și să își asume obligații, în măsura în care sunt necesare pentru ca persoana juridică să ia ființă în mod valabil[3]. Și jurisprudența este în același sens[4].

Natura juridică mai proeminentă a societăților în procesul înființării lor este dată de elementul contractual. Și acesta este un temei pentru care după încheierea actului constitutiv, care fixează voința asociaților, viitoarea societate are deja recunoscută o *personalitate juridică anticipată* pentru scopurile constituirii. Teza recunoașterii micii personalități juridice a societății de la încheierea actului constitutiv a fost mereu un argument în sprijinul naturii contractuale a societății[5].

Cel mai indicat este ca temeiul juridic al preluării actelor studiate în secțiune de către societate să fie unul contractual, explicit. Dacă voința asociaților este expres și unanim exprimată, diferențele doctrinare sunt eliminate.

Voința exprimată a asociaților, ca peste tot în materia societăților, nu exclude, și nu anulează, rolul controlului autorității. Judecătorului delegat cenzurează din punct de vedere al legalității, inclusiv prin ordonarea unei expertize, actele constatatoare ale operațiunilor încheiate de fondatori în contul societății (art. 37 și 38 LS). Norma legală este una de protecție, în interesul societății, nu un temei pentru stabilirea naturii juridice a acestor acte, atât timp cât ele sunt încheiate de la început în contul societății și nu trec acum în sarcina acesteia ca efect al înregistrării societății.

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., p. 173-180; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 133.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 168; *O. Căpățână*, op. cit., p. 216.

[3] Art. 205 alin. (3) C.civ. Decretul nr. 31/1954 era în același sens [art. 33 alin. (3)].

[4] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 1029/1996, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1996, op. cit., p. 225. Astfel, în speța instanța a constatat că „prin perfectarea contractului de închiriere s-a urmărit regularizarea societății comerciale, aceasta având în perioada de la întocmirea actelor constitutive și până la înmatriculare o personalitate juridică limitată – în sensul prevederilor art. 33 din Decretul 31/1954 – la drepturile constituite în favoarea ei, la îndeplinirea obligațiilor și a oricăror măsuri preliminare cerute pentru ca persoana juridică să ia ființă în mod valabil".

[5] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 116.

Opiniile în privința temeiului juridic al încheierii actelor juridice de către societatea în curs de constituire sunt diverse, plecând de la cedarea acestora de către fondatori sau reprezentanți după dobândirea personalității juridice de către societate sau încheierea lor de către aceştia sub condiția suspensivă a preluării lor de către societate[1].

În prezent Codul civil statuează momentul naşterii societății simple odată cu consemnarea voințelor asociaților în actul constitutiv, moment de care legea leagă efecte juridice şi conturarea unui patrimoniu distinct. Societatea simplă va deveni societate cu personalitate juridică odată cu realizarea înmatricularea societății preluând în patrimoniul său recunoscut drepturile şi obligațiile născute din faza incipientă a societății simple.

Doctrina a reținut şi greutatea identificării calității procesuale active în situația refuzului nejustificat al unei autorități administrative de a elibera un aviz sau o autorizație prealabilă constituirii societății, în lipsa recunoaşterii unei personalități juridice societății în formare[2].

Soluția recunoaşterii personalității juridice restrânse a societății ulterior acordului de voință al asociaților, consemnat în actul constitutiv, limitată la nevoile constituirii, este în măsură a explica natura actelor juridice încheiate de societate anterior înregistrării ei.

Secțiunea a 4-a. Sancțiunile nerespectării regimului legal al constituirii societății cu personalitate juridică

314. Nulitatea societății cu personalitate juridică[3]. Sancțiunea clasică a iregularităților societare era nulitatea, cu efectul său retroactiv. Materia societară a relevat cu timpul neadecvarea acestei sancțiuni riguroase cu necesitatea protecției terților ce contractează cu bună credință cu societatea cu personalitate juridică[4]. Limitarea cazurilor de nulitate şi atenuarea efectelor ei în materie societară şi-a găsit consacrare normativă care a fixat în reguli clare tendința mai veche comercială.

Chiar dacă instituția nulității societății nu este corelată în mod optim cu noțiunea clasică de nulitate reglementarea ei completă o face comprehensibilă şi uşor de aplicat din punct de vedere judiciar. Reglementarea de Codul civil şi a nulității societății simple şi a nulității persoanei juridice, într-un mod coerent şi unitar, realizează o viziune normativă comună care atenuează aparența de implant normativ neadecvat sistemului nostru de drept privat.

Nulitatea societară reuneşte un număr mic de norme care trasează exact domeniul de aplicare, acțiunea specială în nulitate şi efectele proprii ale acestei instituții în privința societății, acționarilor şi terților.

315. Domeniul nulității societare. Incidența nulității societare este strict delimitată de legiuitor care, în spiritul directivei de drept societar incidente, declară în mod

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., p. 178; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 133.

[2] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 102.

[3] A se vedea *supra* Titlul IV, Capitolul IV (*Sistemul sancționator de drept privat*).

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 98-103.

limitativ cauzele care atrag acțiunea acestei sancțiuni speciale. Nulitatea societății poate fi declarată doar atunci când este incident un motiv prevăzut normativ. Aceste motive pot fi grupate în funcție de fazele constituirii societății afectate: faza contractuală sau faza controlului autorității. Motivele care țin de elementul contractual, dominante, sunt: lipsește actul constitutiv sau nu a fost încheiat în forma autentică când această cerință de formă este obligatorie, dacă toți fondatorii au fost, la data constituirii societății, incapabili, dacă obiectul de activitate al societății este ilicit sau contrar ordinii publice, dacă actul constitutiv nu prevede denumirea societății, obiectul său de activitate, aporturile asociaților sau capitalul social subscris, dacă s-au încălcat dispozițiile legale privind capitalul social minim, subscris si vărsat, dacă nu s-a respectat numărul minim de asociați, prevăzut de lege.

Motivele de nulitate care țin de faza controlului autorității privesc lipsa încheierii judecătorului delegat de înmatriculare a societății sau a autorizării legale administrative de constituire a societății (art. 56 LS).

Dreptul comun conține și el motive de nulitate absolută pentru contractul de societate prin care se înființează o societate cu personalitate juridică dacă sunt încălcate cerințele privind: forma scrisa și prevederea contractuală a asociaților, aporturilor, formei juridice, obiectului, denumirii și sediul societății [art. 1884 alin. (2) C.civ.]. Aceste prevederi de drept sunt înlăturate de prevederile societare prin caracterul lor special și implacabil: nulitatea societății este guvernată strict de motivele relevate de Legea privind societățile, iar o declarare a nulității actului constitutiv în afara nulității societății este inacceptabilă juridic. Din fericire motivele de nulitate contractuală sunt absorbite în motivele speciale de nulitate societară astfel încât nu există o coliziune reală între texte.

316. Acțiunea în nulitate societară. Nulitatea unei societăți înmatriculate în registrul comerțului este exclusiv judiciară, respective poate fi declarată doar de tribunal pentru motivele speciale și limitative relevate. După modul de redactare normativă această acțiune este una imprescriptibilă, fiind la îndemâna oricărei persoane care probează un interes în sensul normelor procedurale[1].

Soluția Codului civil[2] privind limitarea în timp a incidenței acțiunii nu este îmbrățișată de Legea privind societățile deși ar fi o soluție în spiritul reglementării instituției. Specific acestei acțiuni speciale este dat de caracterul remediabil recunoscut nulității societare astfel încât nulitatea nu poate fi declarată în cazul în care cauza ei, invocata în cererea de anulare, a fost înlăturată înainte de a se pune concluzii în fond la tribunal (art. 57 LS).

317. Efectele nulității. Caracterul limitat și exclusiv pentru viitor al efectelor nulității societare țin de esența acestei instituții. Între asociați nulitatea societară are doar efectele unei dizolvări societare, iar față de terți nulitatea nu aduce atingere raporturilor juridice născute în mod legal și cu bună credință. Dizolvarea societății va respecta drepturilor lor asupra societății în procedura subsecventă a lichidării societare.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 102.

[2] Art. 1933 alin. (3) C.civ. Dreptul la acțiune, cu excepția nulității pentru obiectul ilicit al societății, se prescrie în termen de 3 ani de la data încheierii contractului.

Conform legii, la data la care hotărârea judecătorească de constatare sau declarare a nulității a devenit definitivă, societatea încetează fără efect retroactiv şi intră în lichidare (art. 58 LS). Procedura legală a lichidării societare se aplică şi în acest caz. Declararea nulității societății, având efectele unei dizolvări, nu aduce atingere actelor încheiate în timpul funcționării sale. Nici societatea, nici asociații săi nu pot invoca în fața terților de bună-credință nulitatea societății (art. 59 LS).

Pentru realizarea deplină a publicității operațiunii, tribunalul va comunica hotărârea judecătorească oficiului registrului comerțului, care o va menționa şi o va trimite Monitorului Oficial al României spre publicare în Partea a IV-a.

318. Regularizarea societății. Controlul autorității reprezintă garanția respectării legalității de către societățile în curs de constituire. El asigură conformitatea dintre societatea care a depăşit faza contractuală şi prevederile legale. În mod aşteptat, când actul constitutiv nu cuprinde mențiunile minimale prevăzute de lege ori cuprinde clauze prin care se încalcă o dispoziție imperativă a legii sau când nu s-a îndeplinit o cerința legală pentru constituirea societății, autoritatea, prin reprezentantul său, judecătorul delegat sau registratorii comerciali refuză, motivat, cererea de înmatriculare. Şi în acest caz regularizarea primează astfel încât dacă asociații înlătură, dacă este posibil, neregularitățile, societatea va fi autorizată.

Relevarea neregularităților poate fi făcută din oficiu, fiind o obligație a autorității prin reprezentant, sau la solicitarea, pe calea cererii de intervenție, a oricărei persoane interesate (art. 46 LS).

Alt incident posibil în procedura de constituire a societății cu personalitate juridică este inacțiunea fondatorilor sau reprezentanților societății care, ulterior încheierii fazei contractuale nu solicită înmatricularea ei în termen legal. În acest caz oricare asociat poate cere oficiului registrului comerțului efectuarea înmatriculării, subsecvent notificării acestor persoane şi stăruirii lor în inacțiune pentru încă opt zile de la notificare.

Asociații vor fi eliberați de obligațiile ce decurg din aporturile lor după 3 luni de la data întocmirii legale a actului constitutiv, dacă în acest interval înmatricularea nu a fost realizată şi niciun alt asociat nu a cerut îndeplinirea formalităților de înmatriculare (art. 47 LS).

Iregularitățile în privința societății cu personalitate juridică pot fi relevate după parcurgerea integrală a procedurii de constituire, după înmatricularea în registrul comerțului şi începerea funcționării societății.

În vederea eliminării acestor nereguli legea conferă o acțiune în regularizare oricărei persoane interesate dacă societatea, obligată să le înlăture în termen de opt zile de la data constatării neregularităților, nu se conformează obligației. Acțiunea în regularizarea este una limitată temporal, respectiv se prescrie prin trecerea unui termen de un an de la data înmatriculării societății.

Singura sancțiune care persistă după prescrierea acțiunii în regularizare este cea patrimonială, prescriptibilă şi ea în termenul comun. Astfel, fondatorii, reprezentanții societății, precum şi primii membri ai organelor de conducere, de administrare si de control ale societății răspund nelimitat si solidar pentru prejudiciul cauzat prin neregularitățile sesizate în privința societății cu personalitate juridică (art. 49 LS).

Capitolul IV
Societatea – persoană juridică

Secțiunea 1. Societatea cu personalitate juridică. Atribute de identificare

319. Premise. Voința asociaților împreună cu controlul autorității guvernează constituirea societății cu personalitate juridică și conferă garanția legalității societăților constituite. Din punctul de vedere al terților, neasociați, controlul autorității și publicitatea făcută în formele legale este girul de care au nevoie pentru a stabili raporturi juridice cu societatea.

Odată constituită, societatea, expresia voinței asociaților sub controlul autorității, este un subiect de drept distinct. Atributul care îi conferă individualitate este personalitatea juridică pe care o dobândește[1]. Persoana de drept astfel născută trebuie identificată și delimitată de celelalte subiecte de drept.

320. Atribute de identificare. Fiecare persoană juridică se identifică în principal prin firmă și sediu, făcând analogia cu persoana fizică care se identifică în primul rând prin nume (alcătuit din numele propriu-zis și prenume) și domiciliu[2].

Normele privitoare la atributele de identificare a persoanei juridice se află în dreptul comun, în Codul civil, iar în dreptul special în Legea nr. 26/1990, Legea nr. 31/1990 și în alte legi privind societățile special reglementate (domeniul instituțiilor de credit, asigurări, piața de capital etc.).

Într-o enumerare, doctrina a reținut ca atribute de identificare a persoanei juridice: denumirea, sediul, naționalitatea, firma, emblema, contul bancar, capitalul social, telefon, telex, fax (la care s-ar putea adăuga în prezent contul de e-mail, adresa Internet) și Codul fiscal (în prezent codul unic de înregistrare)[3]. Evident enumerarea nu este exhaustivă. Conform dreptului civil atributele de identificare sunt drepturi subiective personale nepatrimoniale și mijloace care permit individualizarea subiectului colectiv de drept în raporturile juridice la care participă ca subiect distinct, cu mențiunea că instituția juridică în sine și calificarea juridică a mijloacelor de identificare este mai complexă, putând să difere de la o ramură de drept la alta[4].

În privința identificării persoanei juridice dreptul comun[5] reține în primul rând *naționalitatea* acesteia. Sunt de naționalitate română toate persoanele juridice al căror sediu, stabilit prin actul de constituire sau statutului, se află în Romania.

---

[1] În privința fundamentelor personalității juridice, a se vedea *D.D. Gerota*, op. cit., p. 18-26.
[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 341.
[3] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 488.
[4] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 486.
[5] Art. 225-230 C.civ.

Denumirea persoanei juridice constă în numele sub care îşi desfăşoară activitatea, prevăzut în actul de constituire sau statut şi înregistrat în registrul public alături de celelalte atribute de identificare.

Sediul persoanei juridice este stabilit prin actul de constituire sau statut şi poate cunoaşte şi locaţii secundare pentru sucursalele, reprezentanţele teritoriale sau punctele de lucru. În raporturile cu terţii, dovada sediului persoanei juridice, ca şi a denumirii, se face cu menţiunile înscrise în registrele de publicitate sau de evidenţă existente pentru persoana juridică respectivă.

Alte atribute de identificare, reglementate de legi speciale, pot fi numărul de înregistrare în registrul comerţului sau într-un alt registru public, codul unic de înregistrare etc.

321. Atributele de identificare a societăţii cu personalitate juridică. În domeniul societar un rol de identificare aparte, special, i se recunoaşte *formei societăţii*, respectiv tipului predefinit de societate ales de asociaţi, *numărului de înregistrare în registrul comerţului*, cu relevanţă comercială şi rezultat al încheierii procedurii de constituire a societăţii şi *codului unic de înregistrare*, care atestă înregistrarea fiscală a societăţii[1].

Firma este definită ca numele sau după caz denumirea sub care un profesionist îşi desfăşoară activitatea şi se identifică faţă de alte subiecte de drept[2].

Importanţa reglementării este dată de faptul că prin înscrierea aceştia în registrul comerţului titularul dobândeşte un drept de folosinţă exclusiv asupra firmei, ocrotit din punct de vedere juridic. Pentru consistenţa acestui regim orice firmă nouă trebuie să se deosebească de cele existente, lucru asigurat prin scrutarea disponibilităţii firmei, înainte de rezervare, în vederea întocmirii actului constitutiv. Dacă o firmă nouă este asemănătoare cu o alta, trebuie să purceadă la alipirea unui adaos la denumire care să o deosebească de aceasta. În caz contrar oficiul registrului comerţului refuză înscrierea unei firme care, prin asemănarea cu firme deja înregistrate, poate produce confuzie cu acestea[3].

Pentru evitarea oricăror confuzii legea instituie un vocabular special alcătuit din termini refuzaţi folosirii de către societăţi: „ştiinţific", „academie", „academic", „universitate", „universitar", „şcoala", „şcolar" (sau derivatele acestora).

Alte sintagme au o folosire restricţionată, respectiv necesită acordul administrativ central, prin secretariatului general al guvernului, sau local, prin instituţia prefecţilor: „naţional", „român", „institut" (sau derivatele acestora), cuvinte sau sintagme caracteristice autorităţilor şi instituţiilor publice centrale sau autorităţilor şi instituţiilor publice locale.

Regulile speciale mai impun că nici o firmă nu va putea cuprinde o denumire întrebuinţată de comercianţii din sectorul public, iar pentru eliminarea oricăror confuzii,

---

[1] Art. 9 şi 10 din Legea nr. 349/2004. Legiuitorul accentuează rolul codului unic de înregistrare ca atribut de identificare a societăţii, dar certificatele de înregistrare ale societăţilor conţin în continuare numărul de ordine în registrul comerţului care reprezintă atributul de identificare tradiţional al societăţilor.

[2] Art. 30 din Legea nr. 26/1990.

[3] Art. 38 şi 39 din Legea nr. 26/1990.

firmele radiate din registrul comerțului sunt indisponibile pentru o perioada de doi ani de la data radierii[1].

Trebuie remarcat că dreptul comun se referă în principal la denumirea pe care o va purta persoana juridică și care va fi aceea din actul care a înființat-o sau statut. Firma este în primul rând o creație a dreptului comercial, principalul atribut de identificare a societății cu personalitate juridică. Importanța sa face ca legiuitorul să impună anumite limitări voinței asociaților care o aleg și mai apoi voinței persoanei juridice însăși care o poate modifica în mod statutar. Legea privind registrul comerțului detaliază regulile pentru alegerea firmei pentru toate tipurile de întreprinderi.

Firma unui profesionist persoană fizică se compune din numele său scris în întregime sau din numele și inițiala prenumelui acestuia fără ca vreo mențiune care ar putea induce în eroare asupra naturii sau întinderii comerțului ori situației profesionistului să poată fi adăugată firmei.

Firma unei asociații familiale va cuprinde numele membrului de familie care înființează asociația familiala, cu mențiunea „asociație familială", scrisă în întregime[2].

322. Firma societății cu personalitate juridică. În domeniul societar reglementarea firmei este la fel de atent scrutată normativ ca și la celelalte întreprinderi. *Firma unei societăți în nume colectiv* trebuie să cuprindă numele a cel puțin unuia dintre asociați, cu mențiunea „societate în nume colectiv", scrisă în întregime.

Firma unei societăți în comandită simplă trebuie să cuprindă numele a cel puțin unuia dintre asociații comanditați, cu mențiunea „societate în comandită" scrisă în întregime. Importanța dată existenței numelui persoanei cu răspundere nelimitată inserat în cuprinsul firmei face ca dacă numele unei persoane străine de societate sau al unui comanditar figurează, cu consimțământul său, în firma unei societăți în nume colectiv ori în comandită simplă, aceasta devine răspunzătoare nelimitat și solidar de toate obligațiile societății.

Firma unei societăți pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni se compune dintr-o denumire proprie aleasă de fondatori, însoțită de mențiunea, scrisă în întregime, „societate pe acțiuni" sau „SA", sau „societate în comandită pe acțiuni" pentru acest tip de societate. În practica mai veche[3], în raport cu vechiul Cod comercial care interzicea ca o societate pe acțiuni să fie denumită cu numele unui asociat, s-a pus întrebarea dacă este admisibilă denumirea societății cu numele unui fondator. Atunci s-a admis că „nimic nu oprește ca denumirea să cuprindă și numele fondatorului"[4]. Și legislația actuală cuprinde o normă, cu vocație de aplicare la întreprinderile individuală, care poate fi extinsă prin analogie la materia societară: "nici o mențiune care ar putea induce în eroare asupra naturii sau întinderii comerțului ori situației comerciantului nu poate fi

---

[1] Art. 40 din Legea nr. 26/1990.

[2] Art. 31 din Legea nr. 26/1990.

[3] Trib. Ilfov, Secția I comercială, sentința nr. 1967/1929, în Practică judiciară în materie comercială, vol. II, Ed. Lumina, București, 1991, p. 123. Temeiul era reprezentat de art. 78 alin. (2) C.com. (abrogat).

[4] În privința soluționării problemei sub imperiul Codului comercial, a se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 273.

adăugata firmei"[1]. Cu această precizare, în lipsa oricăror ambiguități, soluția se menține și în condițiile mai largi ale sferei noțiunii de fondator din prezent și chiar în condițiile înstrăinării acțiunilor de asociatul-fondator în cauză[2].

Firma unei societăți cu răspundere limitată se compune dintr-o denumire proprie, la care se poate adăuga numele unuia sau al mai multor asociați, însoțită de mențiunea scrisă în întregime „societate cu răspundere limitată" sau „SRL"[3]. În practică apelarea la numele asociaților este puțin uzitată pentru societățile cu răspundere limitată.

În privința formei prestabilite a firmei societății doctrina a decelat între firme care cuprind un nume – pentru persoane fizice și societățile de persoane – și cele care cuprind o denumire – restul societăților[4].

Dispozițiile legale impun o legătură puternică între firmă și fondul de comerț din care aceasta face parte astfel încât firma nu poate fi înstrăinată separat de fondul de comerț, iar în cazurile admise legal dobânditorul fondului de comerț o va putea folosi doar cu acceptul proprietarului precedent și menționarea calității de succesor[5].

323. Emblema. În legătură cu firma, și aparent suprapusă cu ea, legea definește ca atribut de identificare a societății și *emblema*: semnul sau denumirea ce deosebește un profesionist (comerciant) de altul de același gen[6]. Raportarea noțiunii de emblemă se face la cea de profesionist, nu la cea de întreprindere ca în vechea reglementare[7].

Conținutul emblemei poate fi, conform legii, un semn sau o denumire aleasă de profesionist, având un caracter puternic promoțional, ajutând la exprimarea sugestivă a obiectului de activitate[8]. Emblema, ca atribut de identificare a societății, este facultativă și nu prezintă aceeași legătură strânsă cu fondul de comerț din care face parte. În lipsă unei reglementări prohibitive aceasta poate fi înstrăinată și separat de fondul de comerț.

Emblema se bucură de același nivel de protecție ca și firma, respectiv înregistrarea în registrul comerțului asigură profesionistului un drept de folosință exclusivă. Din această cauză orice emblemă trebuie să se deosebească de emblemele înscrise în același registru al comerțului, pentru același fel de comerț, precum și de emblemele altor comercianți de pe piața unde comerciantul își desfășoară activitatea. În acest scop disponibilitatea emblemei este verificată înainte de înscriere în registrul comerțului. Emblemele, ca și firmele, pot fi folosite în scop publicitar, pe facturi, corespondență comercială, publicații, cu condiția să fie însoțite în mod vizibil de firma comerciantului[9]. În opoziție cu emblema, *marca* este un semn distinctiv folosit la individualizarea produselor și serviciilor și nu a profesioniștilor înșiși, folosită în general ca o garanție a calității.

---

[1] Art. 31 alin. (2) din Legea nr. 26/1990.
[2] Soluția este în concordanță și cu art. 41 din Legea nr. 26/1990.
[3] Art. 36 din Legea nr. 26/1990.
[4] *O. Căpățână*, op. cit., p. 276.
[5] Art. 41 și 42 din Legea nr. 26/1990.
[6] Art. 30 alin. (2) din Legea nr. 26/1990.
[7] Legea privind înființarea unui registru al comerțului din 10 aprilie 1931.
[8] Dicționar de relații economice internaționale, Ed. Enciclopedică, București, 1993, p. 264.
[9] Art. 43 din Legea nr. 26/1990.

Reglementarea de drept comun stabileşte drepturile asupra atributelor de identificare, ca drepturi personal nepatrimoniale, şi modul de protecţie juridică a acestora[1]. Protecţia specifică a acestor drepturi faţă de terţi se realizează în momente diferite: la încheierea actului constitutiv, prin solicitarea dovezii de disponibilitate a firmei şi emblemei; la înmatriculare, prin refuzarea înscrierii unei firme care nu aduce elemente suficiente de deosebire, putând produce confuzie şi, în sfârşit, după înmatriculare, când titularul dreptului poate exercita o acţiune în radiere în faţă instanţelor judecătoreşti contra celui ce îi uzurpă prerogativele.

324. Alte atribute de identificare. Societatea se identifică şi prin *sediu social*, atribut indispensabil şi clauză obligatorie în actul constitutiv[2].

Protecţia acordată sediului societăţii trebuie asimilată cu protecţia domiciliului care nu poate fi violat decât în condiţii procedurale legale. Doctrina afirmă că dispoziţiile Convenţiei europene a drepturilor omului privind protecţia domiciliului trebuie aplicate *mutatis mutandis* şi la sediul social al societăţii[3]. Sediul social atrage după sine şi *naţionalitatea* societăţii. Astfel, societăţile cu sediul în România sunt persoane juridice române [art. 1 alin. (2) LS].

Legea societară obligă societăţile să folosească atributele de identificare în toate documentele care emană de la ele, cât şi pe pagina de internet, dacă folosesc o astfel de facilitate (art. 74 LS). Astfel, orice factură sau alt document folosit de societate trebuie să cuprindă următoarele atribute de identificare: forma juridică, sediul social, numărul din registrul comerţului şi codul unic de înregistrare. Pentru societăţile pe acţiuni administrate în sistem dualism este obligatorie sintagma: „societate administrată în sistem dualist" precum şi capitalul social subscris, cât si cel vărsat.

Pentru o societate cu răspundere limitată sunt obligatorii menţiunile privitoare la capitalul social. Pentru o sucursala trebuie menţionat şi oficiul registrului comerţului la care a fost înregistrată sucursala şi numărul ei de înregistrare (alături de datele despre societatea-mamă).

Secţiunea a 2-a. Capacitatea şi voinţa juridică

325. Capacitatea societăţii cu personalitate juridică. Capacitatea juridică, aptitudinea generală de a avea drepturi şi obligaţii precum şi aptitudinea de a a-şi exercita drepturile prin încheierea de acte juridice, însoţeşte societatea ca un atribut al

---

[1] Art. 257 C.civ. Apărarea drepturilor nepatrimoniale ale persoanei fizice (printre care dreptul la nume, imagine, atribute de identificare etc.) se aplica prin asemănare si drepturilor nepatrimoniale ale persoanelor juridice. Reglementarea anterioară se ocupa în mod nediferenţiat de drepturile nepatrimoniale ale persoanei, permiţând aceeaşi extrapolare la persoanele juridice (art. 54 din Decretul nr. 31/1954).

[2] Dispoziţiile legale nu impun limitări în privinţa sediului. Se consideră însă că acesta trebuie să se afle la centrul de conducere al societăţii, mai degrabă decât la locul de desfăşurare al activităţii comerciale care este mult mai susceptibil de schimbări (*I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 100; *Ph. Merle*, op. cit., p. 119).

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 118.

personalității juridice distincte de asociații ei. Ca și în domeniul civil general regula este aceea a deplinei capacități, restricțiile ținând doar de incidența unor norme imperative exprese.

Capacitatea de folosință a societății este aptitudinea generală de a avea drepturi și de a-și asuma obligații în concordanță cu obiectul de activitate și natura societății. Limitarea clasică a acestei capacități prin obiectul de activitate al societății a fost atenuată de dreptul civil, rămânând incidentă doar pentru societățile fără scop lucrativ. Regula, cunoscută ca principiul specialității capacității de folosință a persoanei juridice prevede în prezent doar că: „persoanele juridice fără scop lucrativ pot avea doar acele drepturi si obligații civile care sunt necesare pentru realizarea scopului stabilit prin lege, actul de constituire sau statut" [art. 206 alin. (2) C.civ.]. Actele juridice care nu sunt făcute în realizarea acestui scop sunt lovite de nulitate[1].

Regimul juridic al persoanelor juridice cu scop lucrativ asigură o suplețe mai mare activităților economice întreprinse de societate, dar lasă fără consecințe depășirea unui obiect de activitate definit restrictiv al societății. Practic societatea are vocație la desfășurarea oricărei activități economice, fără să simtă presiunea unei specializări statutare.

Autorizarea activităților rămâne însă să acționeze într-un mod independent de declararea obiectului de activitate și compensează lipsa limitărilor în privința capacității de folosință. În cazul activităților care necesită autorizarea organelor competente, desfășurarea unor asemenea activități este admisă numai din momentul obținerii autorizației respective, sub sancțiunea nulității absolute și a răspunderii nelimitate și solidare a persoanelor care le-au săvârșit pentru toate prejudiciile cauzate (art. 207 C.civ.).

Codul civil recunoaște societății, așa cum în mod unanim stabilise și doctrina, o capacitate de folosință restrânsă sau anticipată, de la data încheierii actelor constitutive, care îi permite „să dobândească drepturi și să își asume obligații, însă numai în măsura necesară pentru ca persoana juridică să ia ființă în mod valabil" [art. 205 alin. (3) C.civ.].

Alături de capacitatea de folosință societatea posedă în mod natural și *capacitatea de exercițiu,* aptitudinea de a exercita drepturi și de a-și asuma obligații prin încheierea de acte juridice. Voința juridică a societății pentru încheierea acestor acte juridice, formată după dispozițiile actului constitutiv și ale legii, se exprimă prin organele sale: „actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice înseși"[2]. Reprezentarea societății pentru încheierea actelor juridice este asigurată de persoanele cărora societatea le-a conferit această putere.

Începutul capacității de exercițiu a societății este legat în mod natural de desemnarea organului de conducere abilitat să exprime voința entității colective[3]. Capacitatea de

---

[1] Doctrina realizase oricum o atenuare a principiului în cauză și o armonizare a lui cu realitățile prezente, respectiv s-a apreciat ca o societate poate desfășura nu numai activitățile enumerate în obiectul său de activitate, ci „orice operațiune conexă cu activitățile din obiectul de activitate sau efectuată în scopul realizării acestora". *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea,* op. cit., p. 7-10 și 56. În sensul că obiectul de activitate în sine nu este o restricție care conduce la nulitatea actelor juridice încheiate cu depășirea limitelor se pronunța și *I. Turcu,* Teoria și practica dreptului comercial, op. cit., p. 323.

[2] Art. 218 C.civ. Art. 35 alin. (1) din Decretul nr. 31/1954 era în același sens.

[3] *O. Căpățână,* op. cit., p. 282.

exercițiu nu este condiționată totuși de desemnarea reprezentanților fiindcă până la data constituirii organelor de administrare exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor care privesc persoana juridică este posibilă, fiind încredințată de lege fondatorilor sau persoanelor fizice ori juridice desemnate în acest scop (art. 210 C.civ.). În acest mod capacitatea de folosință este dobândită odată cu constituirea societății cu personalitate juridică. Existența unei capacități de folosință anticipată trebuia însoțită și de o capacitate de exercițiu anticipată, pentru a da eficiență actelor juridice ce trebuie încheiate în cursul constituirii societății care profită acesteia și vor fi preluate de aceasta.

326. Patrimoniul social. Conținutul capacității de folosință, așa cum a fost redat, aptitudinea de a încheia acte juridice prin care societatea capătă drepturi și își asumă obligații, trasează aptitudinea societății la un patrimoniu propriu. Dacă această capacitate este o vocație a societății de a avea drepturi și obligații, o aptitudine generală și abstractă, patrimoniul societății este materializarea acestei aptitudini abstracte prin drepturi și obligații comerciale pe care persoana juridică și le-a asumat. Personalitatea juridică atrage, în limitele capacității juridice recunoscute, o voință distinctă și un patrimoniu propriu care, deși provin din patrimoniul și voința asociaților, transcend cauza lor și, prin voința legiuitorului, capătă existență de sine-stătătoare.

Noțiunea de *patrimoniu* este diferită de cea de *capital social*. Acesta reprezintă expresia valorică a aporturilor asociaților, punctul de plecare pentru patrimoniul societății. Deși capitalul social poate fi mărit, prin majorare de capital, sau micșorat, prin reducerea acestuia, el rămâne stabil în timpul funcționării societății. El nu reflectă rezultatele activității economice ale societății care se răsfrâng direct asupra patrimoniului social.

Autonomia patrimoniului persoanei juridice semnifică separația clară existentă între patrimoniile asociaților și cel social[1]. Bunurile aportate de asociați sau dobândite de societate nu sunt în coproprietatea asociaților (precum în cazul societății simple), ci sunt proprietatea societății cu personalitate juridică, ca subiect de drept distinct. Dreptul de dispoziție, ca prerogativă a proprietății asupra acestor bunuri, aparține societății, iar aceasta și-l exercită prin reprezentanți.

Autonomia patrimoniului social se reflectă vizibil în privința creditorilor. Raporturile juridice ale societății generează și obligații pentru aceasta în beneficiul creditorilor sociali. Pentru ei debitorul va fi societatea cu personalitate juridică, patrimoniul acesteia va reprezenta obiectul urmăririi pentru executarea obligațiilor către ei. În materie societară doar în mod subsidiar și restrâns (în cazul asociaților cu răspundere nelimitată) creditorii pot apela la asociați pentru satisfacerea drepturilor lor. Patrimoniul societății este autonom și reprezintă garanția (gajul general în formularea clasică) creditorilor sociali, putând fi urmărit doar pentru obligații ale societății nu și pentru obligații ale asociaților.

În mod simetric, creditorii personali ai asociaților nu pot urmări patrimoniul social pentru datoriile debitorilor lor. Pot urmări titlurile reprezentative deținute de asociați, dacă sunt titluri negociabile, sesizabile (în principal acțiunile), sau alte beneficii

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 127.

obținute de asociat de la societate odată ce acestea se află în patrimoniul asociatului sau sunt individualizate și reprezintă drepturi de creanță ale asociatului asupra societății.

327. Filiale și sucursale. Legat de societatea cu personalitate juridică și patrimoniul ei legea reglementează noțiunile de *filială* și *sucursală*.

Filialele sunt societăți cu personalitate juridică ce se înființează în una dintre formele predefinite de legea societară, urmând integral regimul legal ales, inclusiv în privința firmei. Acestea au patrimoniu distinct de patrimoniul societății-mamă. Filiala este o societate înființată și controlată, în special prin deținerea titlurilor reprezentative, de către societatea-mamă. Legătura dintre entități este una de control, nu una patrimonială.

Sucursalele sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților cu personalitate juridică ce se înregistrează, înainte de începerea activității lor, în registrul comerțului din județul în care vor funcționa, reprezentând deci dezmembrăminte teritoriale ale societății. Lipsa personalității juridice face ca sucursala să fie inclusă, din punct de vedere juridic, în societatea-mamă unică. Totuși, atât normele procedurale cât și cele de drept material recunosc o calitate procesuală limitată sucursalei după cum recunosc și vocația sucursalei la o diviziune patrimonială a patrimoniului societății în realizarea scopului pentru care a fost înființată.

Celelalte sedii secundare, *agenții*, *puncte de lucru* sau alte asemenea sedii, sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților, asemănătoare sucursalelor.

328. Reprezentarea societății. Societatea cu personalitate juridică, posesoarea unui patrimoniu propriu, participă în nume propriu la raporturile juridice, are capacitate procesuală proprie derivată din capacitatea juridică care îi permite să stea în justiție în nume propriu și se comportă ca un subiect distinct de drept.

Realizarea acestor aptitudini recunoscute legal este posibilă doar prin reprezentanți. Așa cum a fost subliniat și în privința capacității de exercițiu, așa cum este prevăzut și în actul constitutiv, societatea are nevoie de persoane fizice cu puteri de reprezentare în vederea încheierii de acte juridice în numele societății. Reprezentarea societății este o chestiune juridică prea importantă pentru a fi guvernată doar de prevederile contractuale, de regulile mandatului cu reprezentare. De altfel lipsa voinței proprii independente de cea a asociaților face imposibilă funcționarea reprezentării doar pe baza mandatului și a condus la o soluție originală, a reprezentării societății prin organe instituite de lege[1]. O reflexie importantă a naturii instituționale a societății este delimitarea legală, cel puțin în parte, a reprezentării societății. Legea societăților instituie reguli de administrare în privința fiecărui tip de societate care soluționează și reprezentarea legală a societății. Acești reprezentanți legali, în privința terților, nu sunt mandatari ai societății ci, în declarația legii, societatea însăși.

Regimul reprezentării prezintă importanță nu numai pentru societate, dar în egală măsură pentru terții care sunt interesați să contracteze cu societatea, nu cu persoane fizice fără calitate în societate. Din această cauză regimul legal al reprezentării este accentuat lege. În mod declarat, clauzele actului constitutiv ori hotărârile organelor

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 129.

statutare ale societăților care limitează puterile conferite de lege acestor organe, sunt inopozabile terților, chiar dacă au fost publicate [art. 55 alin. (2) LS].

Legea societară, în concluzie, refuză asociaților posibilitatea de redefinire a regulilor de reprezentare a societății tocmai pentru a proteja terții de dispoziții particulare, chiar publicate în mod statutar, de natură să îi inducă în eroare. Mai mult, efectuarea formalităților de publicitate în legătură cu persoanele care, ca organe ale societății, sunt autorizate să o reprezinte, oprește societatea de a se prevala împotriva terților de vreo neregularitate la numirea acestora, după cum societatea nu poate invoca față de terți nici numirile în funcții sau încetarea acestor funcții, dacă ele nu au fost publicate în conformitate cu legea societară.

Tot protecția terților face ca legiuitorul să considere, ca regulă, societatea angajată în raporturile cu terții prin actele organelor societății, chiar dacă ele depășesc obiectul de activitate al societății [art. 55 alin. (1) LS].

329. Voința socială. Noțiune și principii. Societatea cu personalitate juridică, subiect distinct de drept înzestrat cu personalitate juridică, având capacitatea juridică pe care i-o conferă normele de drept, patrimoniu și atribute de identificare proprii, trebuie să se manifeste în raporturi juridice cu alte persoane de drept, fizice sau colective[1]. Această manifestare nu se poate realiza decât prin exprimarea unei voințe juridice proprii. Existența unei personalități juridice și a unui patrimoniu distinct impun și o voință juridică, distinctă de cea a asociaților, care să angajeze în raporturi juridice bunuri din patrimoniul social, în realizarea obiectului de activitate.

Voința, în accepțiunea juridică, implică două elemente esențiale: consimțământul și cauza sau scopul[2]. Pentru societățile cu personalitate juridică ultimul element este fixat de actele constitutive prin obiectul de activitate care cuprinde activitățile cu scop lucrativ intenționate a fi efectuate de societate. Societatea nu are o existență organică care să emane o voință, astfel încât în mod natural voința sa este legată și derivă din cea a asociaților.

În primul rând voințele asociaților se întâlnesc și stabilesc obiectul de activitate al societății în realizarea căruia va evolua voința viitoare a acesteia. Nașterea efectivă a acestei voințe este un rezultat al voinței asociaților care constituie societatea. Momentul nașterii sale este în general momentul nașterii persoanei juridice, înregistrarea în registrul comerțului, sub condiția alegerii organelor îndreptățite să o exprime.

Odată născută, voința socială se sustrage în parte voinței depline a asociaților în privința formării și încetării ei[3]. Normele imperative ale legii societare guvernează formarea și încetarea ei și îi asigură distincția față de voințele asociaților. Caracterul instituțional al entității colective face ca voința acesteia să transceandă voinței asocia-

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 70.

[2] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 139.

[3] Doctrina veche a reținut că adunarea generală poate reveni – revoca – o decizie dintr-o ședință ulterioară chiar dacă pentru revocare votează alți acționari decât cei care au făcut-o inițial, după cum și actul constitutiv poate fi modificat prin votul unei majorități deși inițial a fost adoptat pe baza acordului de voințe. A se vedea *D.D. Gerota*, op. cit., p. 140-141; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 368-369; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 234 și urm.

ților, căpătând propria autonomie[1]. Legea îi conferă un regim ce depășește limitele raporturilor contractuale dintre părți[2].

Chiar dacă voința socială este un rezultat al voințelor asociaților, aceasta produce efecte juridice doar dacă se exprimă în condițiile legii. Practica judecătorească este în acest sens: „În cadrul societăților (comerciale), voința persoanei juridice se realizează prin voințele ce o compun, constituite în adunarea generală a asociaților; (...) voința persoanei juridice, ca subiect de drept, produce efecte juridice în condițiile în care se exprimă în condițiile legii"[3]. Decizia citată se referă la voința persoanei juridice în privința modificării actului constitutiv, iar doctrina tratează unanim această situație[4].

330. Voința socială, fundament al nașterii raporturilor juridice la care participă societatea și voința asociaților. Voința juridică a societății implică o manifestare exterioară, prin organele sale, conform actului constitutiv, cenzurată de scopul său, în vederea nașterii, modificării sau stingerii unui raport juridic în care societatea este parte. Voința juridică în general ține de instituția actului juridic, de acțiuni săvârșite cu intenția de-a produce acte juridice. Deși societatea are la origine actul constitutiv care este fundamentul constituirii sale, odată născută, în condițiile legii, persoana juridică nouă s-a desprins de actul constitutiv, crisalida sa[5].

Societatea, în mod natural, nu este parte în actul său constitutiv, iar voința sa juridică nu poate guverna existența acestuia. Legea specială tratează într-adevăr modificările actelor constitutive alături de celelalte hotărâri ale organelor deliberative – adunările generale. Această tratare, în sine, nu este de natură a statua o voință socială pentru acest scop, ci este mai degrabă o reglementare a voinței asociaților, în privința modificării actelor constitutive. Principiul majorității instituit expres în deliberarea socială, prin înlăturarea principiului unanimității, în unele cazuri (de exemplu, la modificarea actelor constitutive ale societăților de capitaluri) nu-și poate găsi aplicarea decât într-un cadru instituționalizat și cu constatarea proporțiilor, a majorității cerute în condițiile legii.

Derivat din esența contractuală a societății, modificarea actului constitutiv, simetric față de încheierea sa, se poate face prin acordul părților-asociați. Principiul unanimității ține de natura modificărilor actului constitutiv, derivat din natura sa contractuală. În doctrină s-a afirmat: „în raporturile de drept civil este indubitabil că majoritatea membrilor unei societăți nu are alte puteri decât cele care îi sunt conferite prin lege sau convenție astfel încât o altă voință decât cea unanimă se învederează de regulă

---

[1] Voința persoanei juridice nu este suma voințelor persoanelor fizice, ci o calitate nouă (*I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 108-109; *D.D. Gerota*, op. cit., Curs de societăți comerciale, p. 27-28; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 181).

[2] *O. Căpățână*, op. cit., p. 301.

[3] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 293/1993, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1993, op. cit., p. 215.

[4] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, Ed. All Beck, București, 1998, p. 193; *O. Căpățână*, op. cit., p. 300-305.

[5] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale, op. cit., p. 72.

inoperantă"[1]. Legea specială, în cazul nostru Legea nr. 31/1990 şi actul constitutiv în limitele acesteia, este cea care în privinţa modificării contractului statuează la societăţile de capitaluri şi la societatea cu răspundere limitată altă voinţă decât cea rezultată din principiul unanimităţii. Faţă de natura contractuală a actului constitutiv, modificarea acestuia prin majoritatea voinţelor asociaţilor are un caracter de excepţie şi trebuie strict reglementată prin lege sau act constitutiv în limitele legii.

În timpul funcţionarii societăţii, rolul voinţelor asociaţilor nu se reduce la formarea voinţei sociale distincte, ponderate în proporţiile stabilite de lege şi actul constitutiv în scopul participării societăţii la raporturi juridice. Aceste voinţe subzistă şi independent de voinţa socială, şi „contemporane" cu aceasta, pentru a cârmui actul constitutiv în sine. Nu se poate susţine că societatea – şi persoana juridică în sens mai larg – creată de actul său constitutiv, prin voinţa sa proprie, distinctă ca urmare a personalităţii juridice dobândite, poate acţiona asupra cauzei sale, asupra actul constitutiv (într-un proces de *feed-back*). În fapt creatorii societăţii, asociaţii, păstrează în tot timpul funcţionării acesteia posibilitatea ca prin voinţa lor să o modifice în limitele legii. Prin urmare în dreptul societar voinţele asociaţilor nu se rezumă la formarea voinţei sociale a noii persoane juridice, ci îşi păstrează rolul de a modifica au stinge actul constitutiv la care sunt parte.

331. Principiul unanimităţii în formarea voinţei sociale. Legiuitorul avea la îndemână două principii care să guverneze voinţa socială (şi voinţele asociaţilor): principiul unanimităţii şi principiul majorităţii.

Principiul unanimităţii în formarea voinţei sociale maximizează rolul voinţelor asociaţilor în funcţionarea societăţii şi implicit în formarea voinţei sociale. Voinţa socială nu este o însumare a voinţelor persoanelor ce o compun, ci o calitate nouă[2]. Doar norma juridică cârmuieşte voinţa socială, iar formarea ei pe baza principiului unanimităţii se realizează în cadrul stabilit de aceasta.

Principiul unanimităţii este derivat din natura contractuală a societăţii. Un element esenţial al contractului de societate este intenţia de a colabora, de a exercita în comun o activitate economică (*affectio societatis*). În mod ideal intenţia de a colabora, întreţinută în tot timpul vieţii societăţii, implică un principiu al unanimităţii în formarea voinţei sociale care, faţă de continuitatea acestei intenţii, ar fi uşor de obţinut. În mod evident însă evoluţiile practice contrazic o asemenea construcţie fiindcă chiar şi în cazul menţinerii acestei intenţii de colaborare, obţinerea unei unanimităţi în întreaga viaţă a societăţii este practic imposibilă.

Principiul unanimităţii este mai apropiat de societăţile de persoane, acolo unde persoana fiecărui asociat este importantă, iar contractul dintre ele are un caracter *intuitu personae*. Acelaşi principiu însă apare incompatibil cu societăţile de capitaluri, unde persoana asociatului se estompează în spatele aportului său, iar schimbările în persoana asociaţilor pot fi mari cât timp acţiunile sunt valori mobiliare şi forme de investiţie.

În materia societăţilor principiului unanimităţii i s-a rezervat rolul de regulă a formării voinţei doar în scopul modificării prevederilor actului constitutiv, în societăţile

---

[1] *J. Lepargneur*, Societe, în *M. Planiol, G. Ripert*, Traité pratique de droit civil français, vol. II, Paris, 1931, p. 294, *apud O. Căpăţână*, op. cit., p. 302.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, Ed. All Beck, Bucureşti, 1998, p. 192.

de persoane şi cu răspundere limitată, cu rezerva pe care am exprimat-o însă, că se referă la voinţele asociaţilor şi nu la cea a societăţii.

Principiul unanimităţii în formarea voinţei sociale, deşi nu este impus de lege, poate fi adoptat de asociaţi prin actele constitutive. Dispoziţiile legale reglementează doar condiţiile minime în care se poate forma voinţa socială. Nimic nu împiedică adoptarea principiului unanimităţii prin actul constitutiv, însă odată cu mărirea numărului de asociaţi formarea voinţei sociale şi funcţionarea societăţii devine tot mai anevoioasă.

Principiul unanimităţii, regula în materia contractuală, în materia societăţilor contemporane, relativ la formarea voinţei sociale, îşi găseşte aplicare doar în condiţiile în care asociaţii îl inserează în actul constitutiv (cu distincţia făcută în privinţa modificării actului constitutiv însuşi).

332. Principiul majorităţii în formarea voinţei sociale[1]. Voinţa socială are un regim ce depăşeşte limitele raporturilor contractuale dintre părţi, ca urmare a dispoziţiilor imperative ale legii. Cu îndeplinirea cerinţelor legale, voinţa socială este formată chiar dacă unii dintre asociaţi nu şi-au exprimat voinţa lor sau au exprimat-o în sens contrar[2].

Regula majorităţii în formarea voinţei sociale se poate referi la o majoritate din drepturile de vot (raportat la capitalul social reprezentat de titlurile de participare deţinute), din numărul asociaţilor sau din ambele. Legiuitorul a ales să stabilească voinţa socială raportat la o majoritate din drepturile de vot conferite de participarea la capitalul social (majoritate simplă la societăţile de persoane, calificată, diferenţiată şi în condiţii de cvorum la societăţile de capitaluri) sau la o dublă majoritate, a asociaţilor şi-a părţilor sociale (societatea cu răspundere limitată). Din cele arătate se reţine aria de incidenţa a principiului majorităţii ce acoperă toate tipurile de societăţi cu personalitate juridică. Acesta pare a fi mai aproape de spiritul comercial, de celeritatea probată în efectuarea activităţilor economice şi funcţionarea normală a societăţii.

Principiul majorităţii nu este impus rigid de către legiuitor. În toate cazurile acesta statuează condiţii minimale, de cvorum şi reprezentabilitate, în care voinţa socială ia naştere în mod legal. Asociaţii sunt liberi a stabili condiţii noi pentru formarea voinţei sociale, mai restrictive.

În privinţa unei ierarhii între cele două principii, al majorităţii şi al unanimităţii, a unei ordini de preferinţă, în lipsă de dispoziţii contractuale sau legale, doctrina este împărţită. Într-o opinie[3] se susţine că „ar urma să prevaleze condiţia unanimităţii de voturi, în lipsă de prevedere contrară în actul constitutiv, deoarece acesta este principiul general de drept comun în materie de societate; soluţia majoritară în formarea voinţei sociale se justifică numai dacă derivă, în lipsă de clauză adecvată în actul constitutiv dintr-o dispoziţie legală".

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăţi comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, op. cit., p. 75.

[2] Art. 132 alin. (1) LS. Principiul voinţei majoritare este identificat ca fiind cheia de boltă a adunărilor generale, generând obligativitatea pentru toţi acţionarii a hotărârilor luate, cu forţa unei legi. *I.N. Finţescu*, op. cit., p. 261; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 439; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 279.

[3] *O. Căpăţână*, op. cit., p. 303.

În abordarea clasică, adunarea va respecta cerințele de cvorum și majoritate proprii fiecărui tip de societate[1].

Condițiile de exprimare valabilă a voinței sociale relevă generalitatea principiului majorității care constituie regula în materia societăților. Legea specială, în slujba intereselor societare, a făcut saltul de la principiul rigid al unanimității, intrinsec materiei contractuale, la principiul majorității în formarea voinței juridice a societății cu personalitate juridică.

Exprimarea voinței sociale prin acțiunea principiului majorității se constată prin hotărâri ale asociaților. Acestea redau condițiile de cvorum și reprezentabilitate în procesul-verbal anexat hotărârii pentru a permite, în anumite condiții, asociatului a exercita acțiunea în anularea acestor hotărâri, dacă s-au luat cu încălcarea legii. Organul prin care se exprimă voința asociaților poate prezenta o formă instituționalizată, adunarea generală a asociaților, la societățile mai evoluate, de capitaluri, sau incipientă, în cazul societăților de persoane.

333. Răspunderea socială. Voința socială proprie și participarea în nume propriu la raporturile juridice face ca societatea cu personalitate juridică să suporte *răspunderea juridică civilă* pentru faptele sale. Aceasta poate fi atât de natură contractuală, pentru neexecutarea culpabilă a obligațiilor contractuale cât și de natură delictuală, pentru faptele reprezentanților în exercitarea atribuțiilor lor, fapte de concurență etc.

În lumina tendințelor moderne societatea poate fi și subiect al *răspunderii juridice penale* pentru faptele săvârșite de reprezentanții ei în această calitate, dacă acestea sunt incriminate ca infracțiuni de legea penală.

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Reglementarea societății cu răspundere limitată cu asociat unic a ridicat multiple probleme teoriei societare. Adepții teoriei instituției în privința societății cu personalitate juridică au subliniat incapacitatea teoriei contractuale de a explica fenomenul societar și superioritatea naturii instituționale a societății.

Relevarea unor limitări clare ale teoriei contractuale în materie societară este de natură să atragă renunțarea totală la această teorie sau este posibilă sinteza celor două teorii într-o abordare comună, dualistă a societății cu personalitate juridică?

2. Sucursala unei societăți cu personalitate juridică reprezintă în declarația legii și în vocabularul societar clasic un *dezmembrământ* al societății, fără personalitate juridică, o entitate dependentă juridic de societatea în sine. Acest dezmembrământ reprezintă în fapt un patrimoniu afectat unui anumit scop, unei anumite organizări fără personalitate juridică.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 201.

Îndeplineşte sucursala condiţiile unei întreprinderi sub reglementarea civilă prezentă? Reprezintă bunurile afectate sucursalei un patrimoniu de afectaţiune al persoanei juridice afectat unui scop lucrativ?

3. Răspunderea penală a persoanei juridice este deja un lucru comun pentru ştiinţa juridică penală. Din punct de vedere civil răspunderea juridică a persoanei este angajată chiar dacă reprezentanţii au depăşit puterea de reprezentare sau obiectul de activitate al societăţii.

Pentru ce fapte ale reprezentanţilor este angajată răspunderea persoanei juridice în domeniul civil şi în domeniul penal?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Societatea simplă vs. Societatea cu personalitate juridică.
2. Condiţii de fond ale contractului de societate în ipoteza constituirii persoanei juridice.
3. Condiţii de formă ale contractului de societate în ipoteza constituirii persoanei juridice.
4. Aporturile asociaţilor.
5. *Affectio societatis*.
6. Tipuri de societăţi cu personalitate juridică. Şabloane de drept societar.
7. Actul constitutiv al societăţii cu personalitate juridică.
8. Atributele de identificare ale societăţii.
9. Firma. Emblema.
10. Voinţa socială.
11. Patrimoniu social şi răspunderea socială.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Capitalul minim al unei societăţi pe acţiuni este:
a) 200 lei;
b) 2.000 lei;
c) 90.000 lei.

2. Răspundere limitată a asociaţilor întâlnim la societatea:
a) pe acţiuni;
b) în comandită pe acţiuni;
c) cu răspundere limitată.

3. Patrimoniul societăţii cu personalitate juridică:
a) este suma patrimoniilor asociaţilor;
b) este întotdeauna suma aporturilor asociaţilor;
c) este identic cu capitalul social.

BCU "MIHAI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie specifică

Angheni, S., Drept comercial. Profesioniştii-comercianţi, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.

Beleiu, Gh., Drept civil român, ed. a V-a. revăzută şi adăugită, Ed. Casa de Editură şi Presă „Şansa" SRL, Bucureşti, 1998.

Cărpenaru, St.D., David, S., Predoiu, C., Piperea, Gh., Societăţile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudenţă, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001.

Cărpenaru, St.D., Drept comercial român, ed. a VIII-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Georgescu, I.L., Drept comercial roman, vol. II, Ed. Socec, Bucureşti, 1946.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Gheorghe, C., Societăţi comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003.

Guyon, Y., Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), 12e éd., Economica, Paris, 2003.

Merle, Ph., Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011.

Nemeş, V., Drept comercial. Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Piperea, Gh., Drept comercial. Întreprinderea, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012.

Ripert, G., Roblot, R., Traité de droit commercial, vol. I, 13e éd., Paris, 1988.

Şandru, M., Pacte societare, ed. a II-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universitară, Bucureşti, 2012.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

TITLUL VI
Societatea cu personalitate juridică. Funcționare. Reguli speciale

Cuprins

Capitolul I. Generalități despre funcționarea societăților
Capitolul II. Societatea în nume colectiv
Capitolul III. Societatea în comandită simplă
Capitolul IV. Societatea cu răspundere limitată
Capitolul V. Societatea pe acțiuni
Capitolul VI. Societatea în comandită pe acțiuni
Teme de dezbatere şi teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Generalități despre funcționarea societăților

334. Reguli generale de funcționare. Voința socială se formează din voințele asociaților, în condițiile legii și ale actului constitutiv[1]. Formele societare evoluate instituie un cadru instituționalizat, în adunările generale ale asociaților, ordinare sau extraordinare, ale societăților cu personalitate juridică. Formele simple, societățile de persoane au un cadru statutar incipient, în care exprimarea voințelor asociaților nu necesită în mod obligatoriu un cadru instituționalizat organizat legal și statutar. Organele colective ale societăților, deliberative și de gestiune, cunosc o formă obligatorie doar la societățile de capitaluri, în rest funcționând într-un mod simplificat, suficient pentru societățile mici.

Rolul adunărilor asociaților este deliberarea asupra situațiilor cu care se confruntă societatea, angajarea acesteia în raporturi juridice cu terții.

Adunarea asociaților, organ colectiv alcătuit din totalitatea asociaților, are un rol fundamental în funcționarea societății. Voința socială formată aici va fi exteriorizată și adusă la îndeplinire de alte organe, executive și de gestiune. Aceștia sunt, intr-o viziune simplificată, *administratorii* societății. Existența mai multor persoane, fizice sau juridice, cu aceste atribuții obligă la organizarea unui organism colectiv care deliberează și el după reguli statutare și legale.

Făcând o paralelă cu persoana fizică, voința formată în organul de deliberare, adunarea asociaților, a cărei publicitate scapă de obicei atenției terților fără un interes actual, apare ca o voință internă[2], reală. Voința reflectată prin persoana administratorilor însărcinați cu reprezentarea societății apare ca o voință exprimată, exteriorizată, cea care ajunge la cunoștința terților co-contractanți. În materia societăților însă, legiuitorul pare a da întâietate voinței exprimate pentru a proteja terții. Într-adevăr, actele juridice făcute de organele persoanei juridice, în limita puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei însăși. Principiul respectiv a fost accentuat de Legea societăților care statuează că persoana juridică este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă depășesc obiectul de activitate, în afară de frauda terțului și, mai mult, societatea este angajată și de actele efectuate de organele sale peste puterile conferite de actul constitutiv, când acestea au fost limitate față de dispozițiile legii[3].

---

[1] *C. Gheorghe*, Voința asociaților și voința socială în funcționarea societăților comerciale, Partea I, în RDC nr. 6/2001; *C. Gheorghe*, Voința asociaților și voința socială în funcționarea societăților comerciale, Partea a II-a, în RDC nr. 9/2001.

[2] Doctrina veche face aceeași paralelă, calificând hotărârile adunărilor ca acte de voință internă ce pot fi revocate sau modificate oricând de adunarea generală, sub condiția respectării drepturilor terților – noi adăugăm și acționarii – dobândite pe baza acelei hotărâri. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 438.

[3] Art. 55 LS.

Alături de organe de deliberare, de gestiune și administrare, societățile mai au și organe de control. Această funcție de control o îndeplinesc asociații sau, acolo unde sunt reglementate, organe specializate, respectiv *auditorii și cenzorii societății.*

Toate aceste organe societare răspund unor funcții necesare ale societății: funcția deliberativă, de gestiune și supervizare a gestiunii.

Organele societății sunt instituite prin legea societară și nu este permis asociaților a crea altele noi sau a le schimba atribuțiile. Ele țin de conformația obligatorie a șabloanelor societare în care asociații nu pot să intervină. Formarea organelor societății și puterile lor sunt stabilite prin norme imperative, asociații neputând să deroge de la ele cu excepția cazurilor prevăzute de lege.

335. Dividendele. Scopul societății este împărțirea beneficiilor ce ar rezulta din activitatea economică. Dividendele sunt rezultatele urmărite de asociați, ele reprezentând cota-parte din profiturile evidențiate conform legii[1] ce se plătește fiecărui asociat. Această cota-parte urmează ca regulă principiul proporționalității, dacă actul constitutive nu derogă, în limitele premise, de la ea. În concluzie dividendele se distribuie asociaților proporțional cu cota de participare la capitalul social vărsat și se achită în termenul stabilit de adunarea generală a asociaților, dar nu mai târziu de 6 luni de la data aprobării situației financiare anuale aferente exercițiului financiar încheiat (art. 67 LS). După această dată, în calitate de debitor aflat în întârziere, societatea plătește asociaților dobânzi penalizatoare[2].

Secțiunea 1. Funcția deliberativă

336. Asociații și societatea. Adunarea asociaților este singurul organ deliberativ al societății unde într-un cadru instituționalizat se formează voința necesară funcționării normale a societății precum și cadrul necesar modificării actelor constitutive în condiții derogatorii față de materia contractuală, inclusiv pentru operațiuni de fuziune, divizare sau dizolvare a societății[3].

Legea nr. 31/1990 reglementează adunarea generală a asociaților în mod explicit atunci când tratează în amănunt societățile de capitaluri și societatea cu răspundere limitată. Deși în restul societăților de persoane legea nu instituționalizează adunarea generală, este evident că voința socială se formează în condițiile legii, într-un cadru care privește pe toți asociații societății reuniți după regulile adunărilor generale. Dreptul comun, prin reglementarea societății simple, generalizează în prezent adunarea asociaților ca organ deliberativ.

---

[1] Dividendele plătite în lipsa realității contabile a profitului sau în alte condiții decât cele stabilite prin lege sau actul constitutiv sunt supuse repetițiunii, acțiune patrimonială prescriptibilă în termenul comun de prescripție.

În cazul în care există o pierdere a activului net, capitalul social subscris trebuie reîntregit sau redus înainte de a se putea face vreo repartizare sau distribuire de profit.

[2] Dobânda penalizatoare este stabilită conform art. 3 din O.G. nr. 13/2011 aprobată prin Legea nr. 43/2012. Prin actul constitutiv sau prin hotărârea adunării generale a acționarilor care a aprobat situația financiara aferentă exercițiului financiar încheiat se pot stabili dobânzi mai mari.

[3] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 361.

Pentru exprimarea voinței în aceste adunări, instituționalizate sau nu, este în general nevoie, ca situație premisă, de o adunare legal convocată, în condițiile de comunicare și publicitate impuse, de un cvorum legal[1] acolo unde este cazul, iar exprimarea asociaților sau mandatarilor lor să se realizeze prin vot legal exprimat[2].

337. Condițiile deliberării în adunările generale. Practica mai veche a exprimat un punct de vedere radical și de actualitate care accentuează cadrul instituționalizat în care se poate forma voința socială: „Convocarea fiind o formalitate substanțială în opera de elaborare a voinței colective a asociaților exprimată prin decizie, lipsa acestei convocări face ca adunarea să nu existe ca organ de formare și exprimare a acelei voințe colective și, în consecință, decizia luată de o astfel de adunare este izbită de nulitate absolută care nu poate fi acoperită prin trecerea timpului cuprins în vre-un termen oarecare, inacțiunea asociaților înăuntrul acelor termene neputând să valideze ceea ce nu există"[3].

Soluția legislativă prezentă [art. 123 alin. (3) LS] îmbrățișează expres distincția dintre motivele de nulitate absolută și relativă ce pot afecta voința socială materializată în hotărârile adunărilor generale, cu consecința directă a recunoașterii imprescriptibilității dreptului la acțiune în primul caz. Cauzele care aduc atingere cadrului de formare a voinței sociale trebuie apreciate ca fiind absolute fiindcă în prezența lor nu s-a format o voință socială.

Chiar dacă în mod tradițional dreptul privat este considerat ca un drept supletiv, trebuie observat că normele din materia societăților, mai ales cele din domenii special reglementate, au un caracter preponderent imperativ. Astfel încât acțiunile în constatarea nulității sunt mai numeroase decât cele în anularea actului juridic. Abordarea normativă este foarte importantă și cu implicații majore în viața societară. Mai mult, înseamnă o optică diametral opusă jurisprudenței mai vechi[4], în care, în lipsa unei distincții legale și în virtutea celerității și siguranței actelor juridice emanând de la societăți, termenul general (de 15 zile) pentru acționarea în nulitatea unei hotărâri a adunării generale era considerat aplicabil, practică discutabilă de altfel, pentru toate cauzele de nulitate.

---

[1] În sensul că cvorumul este o condiție necesară doar la deschiderea ședinței adunării și nu cu ocazia fiecărei deliberări, așa cum înclinăm noi a crede, a se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 412; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 271.

[2] Cerințele privind constituirea adunării asociaților au drept scop asigurarea participării la adunările generale, libertatea dezbaterilor și documentarea prealabilă în scopul formării unei voințe sociale reale. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 385.

[3] Cas., Secția comercială, Secția I, decizia nr. 740/1947, în Practica judiciară în materie comercială, op. cit., citat după Instituții de drept economic și comercial, Practică jurisdicțională, Ed. Continent XXI și Universul, București, 1994, p. 358.

[4] În sensul unei termen de prescripție unic și legal indiferent de motivul de nulitate, a se vedea C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 761/1995, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1995, op. cit., p. 267.

Secțiunea a 2-a. Funcția de administrare

338. Administrare și reprezentare. Structura instituționalizată cea mai proeminentă a societății care are o existență organică și e receptată ca fiind, volițional, societatea însăși, este administratorul acesteia. S-a afirmat că „spre deosebire de adunarea generală, un organ fără rezonanță în raporturile cu terții, o entitate abstractă, care se manifestă în general în cercul închis al societății, în relațiile interne, toată răspunderea conducerii societății apasă pe administratori"[1].

Într-adevăr, din punct de vedere al terților, în toate raporturile juridice în care este antrenată, societatea e reprezentată de organele sale. În sensul exprimat anterior organele sale sunt administratorii cu putere de reprezentare, în limita puterilor ce le-au fost conferite. Administrarea în sine include doar un drept de gestiune, iar administratorii sunt de regulă organe de gestiune. Actele juridice prin care societatea dobândește drepturi și își asumă obligații se încheie de către administratorii societății cărora li s-a conferit puterea de reprezentare[2]. Această putere, dreptul de reprezentare, are un conținut diferit de simpla gestiune care este prerogativa normală a administrării și este conferit aparte de către asociați prin voința lor, prin actul constitutiv sau, ulterior, în timpul funcționarii societății, prin hotărâre a asociaților[3].

Momentul numirii administratorilor este legat de nașterea voinței juridice depline a societății, atât timp cât în lipsa lor nu există o entitate organică care să o exprime valabil.

Relațiile dintre administrator și societate sub guvernate de dispozițiile referitoare la mandat și cele speciale prevăzute în Legea nr. 31/1990. Mandatul civil poate fi atât cu reprezentare cât și fără reprezentare (art. 2011 C.civ.) și conferă mandatarului puterile convenite de părți. În materia societară, puterile acordate mandatarului administrator se întind practic până la limita activităților efectuate de societate. Mandatul pe care îl primește administratorul provine de la entitatea colectivă, persoana juridică. S-a relevat că „procura dată în numele unei persoane juridice este privită nu ca un act personal al semnatarilor, persoane fizice, ci ca un act emanat de la însuși mandantul, persoana juridică (...) ea își conservă valabilitatea chiar după expirarea delegației persoanelor semnatare (...) cât timp nu a fost revocată"[4]. Actele juridice încheiate de administratori rămân valabile și dacă aceștia au fost revocați, pentru că „cel care se obligă în momentul când administratorul însărcinat cu conducerea societății semnează un contract nu este persoana administratorului, ci societatea"[5]. Voința exprimată de administratori este prezumată a fi voința socială.

339. Limitele mandatului administratorului. Administratorul este purtătorul voinței sociale, căci deși nu el o formează, el este cel ce o exprimă în mod direct în

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. I, Ed. All Beck, op. cit., p. 464.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 213.

[3] A se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 174.

[4] Cas., Secția a III-a, decizia nr. 351/1928, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 104.

[5] Cas., Secția a III-a, decizia nr. 1602/1935, în Practică judiciară în materie comercială, op cit., p. 106.

raporturile juridice cu terții[1]. În unele cazuri, pentru societățile de capitaluri, acționarii prin actul constitutiv sau constituiți în adunarea acționarilor deleagă către organul de administrare anumite împuterniciri – schimbare sediu social, majorare, reducere capital etc. – în scopul unei operativități și adaptabilități comerciale sporite[2].

Mandatul de administrator uneori este prezumat a include și dreptul de reprezentare[3]. Actele juridice încheiate de administratorul-reprezentant angajează societatea ca și cum ar fi actele sale. Limitele dreptului de a reprezenta, specifice mandatului, se referă în general la actele juridice care transcend ceea ce este necesar exercițiului activității societății. Sfera este oricum largă. Legiuitorul se referă expres la toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății[4]. Dispozițiile legale care se grefează pe normele mandatului au statuat, în unele cazuri, și aprecieri concrete în privința acestei limite normale a activității. Este cazul societății pe acțiuni, unde actele de dispoziție ale administratorilor privind bunuri din patrimoniul social sunt plafonate la jumătate din valoarea activelor. Peste acest plafon doar adunarea generală extraordinară poate efectua acte de dispoziție[5]. Alte norme speciale proprii societăților pe acțiuni (art. 150 LS) introduc limitări și în privința actelor cu sine însuși, încheiate de administrator, de înstrăinare, respectiv dobândire de bunuri către sau de la societate, având o valoare de peste 10% din valoarea activelor nete ale societății în nume propriu sau prin interpuși prezumați legal[6]. Sub rezerva unor interdicții contractuale suplimentare, edictate prin actul constitutiv, în acest caz mandatul de reprezentare al administratorilor este limitat la actele a căror valoare este de cel mult o zecime din valoarea activelor nete ale societății. Dincolo de această valoare mandatul administratorilor încetează, voința socială trebuind să fie exprimată expres sub forma unei hotărâri a adunării generale extraordinare. În măsura în care și directorilor le este recunoscut un mandat limitat izvorât din raporturile lor de prepușenie cu societatea condițiile anterioare ar trebui să le fie aplicabile și lor.

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 463.

[2] În sensul posibilității delegării unor atribuții strict de executare, nu de substituire față de voința asociaților, a se vedea *F. Gârbaci*, Limitele delegării exercițiului atribuțiilor adunării generale extraordinare către administratori în cazul societăților pe acțiuni, în RDC nr. 6/2001.

[3] Art. 75, 90 și 197 alin. (3) LS.

[4] Art. 70 LS. În sensul că administratorul are putere deplină de decizie cu excepția limitărilor date de competențele altor organe ale societății, legale sau constitutive, *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 503; *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 250; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 173, 174.

[5] Art. 153^{22} LS. Doctrina subliniază sancțiunea nulității absolute a actelor încheiate cu încălcarea acestei norme calificată ca fiind imperativă, de natură a înfrânge și protecția acordată terților de bună-credință. *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 339.

[6] Art. 150 alin. (4) LS. Legea asimilează din punct de vedere al condițiilor speciale de validitate actele încheiate de administratori în nume propriu cu societatea cu actele în care una dintre părți este șotul administratorului ori rudă sau afin, până la gradul al patrulea inclusiv, al acestuia; de asemenea, dacă operațiunea este încheiată cu o societate la care una dintre persoanele anterioare este administrator sau director ori deține, singură sau împreună, o cota de cel puțin 20% din valoarea capitalului social subscris, cu excepția cazului în care una dintre societățile respective este filiala celeilalte.

340. Considerații despre mandatul administratorilor. În relațiile cu terții, conform regimului instituit de Legea nr. 31/1990, societatea este angajată în principiu și când reprezentanții și-au depășit împuternicirile sau obiectul de activitate al societății, în afara fraudei dovedite a terților înșiși[1]. Actele juridice ale administratorilor, cu drept de reprezentare, dar limite ale împuternicirii acordate destul de vag trasate, sunt tot timpul însă sub controlul voinței asociaților care cu ocazia adunărilor extraordinare sau ordinare cenzurează aceste acte. În raporturile dintre societate și administratori asociații pot constata oricând că aceștia au depășit limitele mandatului. Actele administratorilor sunt supervizate individual, hotărându-se angajarea răspunderii administratorului unde este cazul, sau în bloc, hotărându-se în adunarea ordinară a asociaților asupra gestiunii acestora. Jurisprudența mai veche nu s-a pronunțat unitar în privința descărcării totale de gestiune prin vot unic. S-a considerat fie că „prin aprobarea bilanțului nu sunt ratificate și toate operațiunile administratorilor, societatea nefiind decăzută din drepturile sale dacă s-ar constata că administratorii au lucrat neglijent sau au comis un dol"[2], fie că „prin aprobarea bilanțului administratorii primesc o descărcare totală a gestiunii lor"[3]. Dilema și-a găsit o soluționare normativă prezentă, în sensul că aprobarea situațiilor financiare anuale de către adunarea generală și descărcarea de gestiune nu împiedică exercitarea acțiunii în răspundere (art. 186 LS).

Încetarea calității de administrator are loc prin terminarea mandatului, dacă nu intervine realegerea, revocare sau renunțare. Și revocarea și renunțarea sunt acte voluntare ale societății, respectiv ale administratorului, fără relevanța în domeniul culpei (*ad nutum*).

Jurisprudența mai veche a afirmat constant că revocabilitatea mandatului ordinar este numai de natura lui pe când revocabilitatea mandatului administratorilor societăților este de esența lui[4]. Asociații într-o societate se schimbă, iar mandatul este un act de încredere, care revocabil fiind prin esența, dă dreptul noilor asociați să-și exprime și ei încrederea[5]. În concluzie un administrator revocat nu ar putea pretinde reintegrarea, ci eventuale daune dacă revocarea a fost abuzivă, *fără justă cauză*[6]. Revocarea dreptului de a face acte de administrare poate fi și judiciară, de exemplu, în cazul sechestrului judiciar[7].

---

[1] Art. 55 LS. În sensul că publicitatea efectuată legal în privința administratorilor acoperă neregularitatea numirii și pentru tendințe europene, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 136-137.

[2] Cas., Secția III-a, decizia nr. 26/1921, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 107-108.

[3] Cas., Secția III-a, decizia nr. 901/1938, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 108.

[4] Cas., Secția a III-a, decizia nr. 117/1940, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 106.

[5] Trib. Ilfov, Secția I comercială, ordonanța președințială din 7 octombrie 1935, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 124.

[6] Soluția legală prezentă este mult mai tranșantă, respectiv administratorii nu posedă, prin declararea expresă a legii, calitate procesuală activă pentru exercitarea unei acțiuni în anulare împotriva hotărârii adunării generale privitoare la revocarea lor din funcție [art. 132 alin. (4) LS].

[7] C.A. Galați, Secția I, decizia nr. 62/1936, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 126-127.

341. Condiții generale pentru persoana administratorilor. În privința *capacității juridice* cerută administratorilor, subsecvent faptului că aceştia încheie acte juridice în realizarea scopului societății, aceasta nu poate fi decât deplina capacitate de exercițiu. Legea comercială conține o normă de trimitere în materie, conform căreia persoanele care nu pot fi fondatori nu pot fi nici administratori [art. 6 alin. (2) LS]. Legiuitorul preferă să translateze incapacitățile generale care privesc fondatorii şi pentru administratori, directori, membri ai consiliului de supraveghere şi ai directoratului, cenzori sau auditori financiari. Restricțiile îi privesc pe incapabili şi persoanele condamnate pentru infracțiunile economice prevăzute de lege. În toate aceste situații persoana nu poate fi administrator, iar dacă a fost aleasă, este decăzută din drepturi.

Alături de capacitatea juridică cerută administratorilor trebuie tratate şi anumite incompatibilități, adevărate limitări ale capacității de folosință a administratorilor, survenite prin acceptarea mandatului. Astfel, administratorii nu pot primi nici un fel de creditare, directă sau indirectă, personal sau prin persoane interpuse de la societatea comercială pe care o reprezintă, mai mare de cinci mii euro cu excepția exercitării de către societate a unor operațiuni curente de acest fel – comerț bancar în principal – şi în condițiile normale de contractare aplicabile oricărui terț[1]. Este drept că acest text se află în materia societăților de capitaluri şi nu există norme de trimitere care să-l facă direct aplicabil în privința celorlalte tipuri de societăți cu personalitate juridică. Interdicția din norma de drept material este însă translatată în sfera răspunderii penale, fără particularizarea pentru un anumit tip de societate astfel încât ea devine una general aplicabilă. Fapta fondatorului, administratorului, directorului sau reprezentantului legal de se împrumuta, direct sau prin interpuşi, de la societatea pe care o administrează, de la o societate controlată de aceasta ori de la o societate care controlează societatea pe care el o administrează, sau face ca una dintre aceste societăți să îi acorde vreo garanție pentru datorii proprii – sunt toate alternative de realizare a laturii obiective a conținutului constitutiv al infracțiunii sancționate [art. 272 alin. (3) LS]. Existența unei voințe formale exprimate a societății în sensul aprobării unor astfel de raporturi juridice ar trebui să înlăture orice răspundere cât timp obiectul juridic special al infracțiunii este apărarea integrității patrimoniale a societății de actele discreționare ale celor chemați să le gestioneze. Noi am folosit însă paralela cu ilicitul penal pentru a sublinia aplicabilitatea interdicției în discuție pentru toate tipurile de societăți, nu doar pentru societățile de capitaluri.

Adaosul legislativ prezent lărgeşte aria incompatibilităților între calitatea de administrator şi o serie de funcție publice mult dincolo de incompatibilitățile deja existente[2].

Onorabilitatea administratorilor[3] este în general lăsată la aprecierea asociaților societății. Condiția onorabilității poate fi dublată de condiții de experiență şi profesio-

---

[1] Art. 144[4] LS.

[2] Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice şi în mediul de afaceri, prevenirea şi sancționarea corupției, Cartea I, Titlul IV, Capitolul III. Incompatibilitățile îi privesc pe parlamentari, membrii ai guvernului şi asimilați, aleşii locali, posesorii altor demnități publice, funcționarii publici, magistrați.

[3] Condiția onorabilității poate fi dublată de condiții de experiență şi profesionalism, în mod statutar sau în mod legal în cazul societăților reglementate prin legi speciale: instituții de credit, piața de capital etc. A se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 322-323.

nalism, în mod statutar sau în mod legal în cazul societăților reglementate prin legi speciale: instituții de credit, piața de capital etc.

Cetățenia administratorului poate fi română sau străină. Societățile de capitaluri prevedeau în reglementarea inițială o limitare, respectiv unicul administrator sau președintele consiliului de administrație și cel puțin jumătate din administratori să fie români, prevedere înlăturată din anul 2003.

Administratorul poate fi *persoană fizică sau juridică.* Reglementarea legală statuează faptul că administratorul poate fi și persoană juridică, atât la societățile de persoane și cu răspundere limitată[1] cât și la societățile de capitaluri[2], funcție care se exercită prin intermediul unui reprezentant permanent, persoană fizică, desemnat.

În privința *calității de asociat* a administratorilor reglementarea legală cuprinde anumite particularități în funcție de tipurile de societăți. În societatea în nume colectiv asociații aleg administratorii dintre ei dacă actul constitutiv nu prevede altfel. Societățile în comandită condiționează în mod imperativ calitatea de administrator de cea de asociat (comanditat)[3].

342. Natura juridică. Răspunderea. Legea societară se ocupă de fixarea generală a regimului administratorilor, regim ce va detaliat ulterior în cadrul fiecărei forme societare.

Dualismul naturii juridice a societății se reflectă deplin în privința administratorilor. Regulile privindu-i pe aceștia nu vor fi nici exclusiv contractuale, nici exclusiv legale (instituționale). Legiuitorul adoptă un sincretism juridic și declară că obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute de legea societară (art. 72 LS).

Conținutul atribuțiilor administratorilor societății este unul foarte larg definit, ei fiind ținuți să realizeze toate operațiunile necesare pentru realizarea obiectului de activitate al societății.

Reprezentarea societății ține de funcționarea societății și este atent reglementată normativ. Administratorii societății au această vocație, însă dreptul de reprezentare trebuie conferit expres de lege sau actul constitutive, după regulile proprii fiecărui șablon societar. Administratorii care au dreptul să reprezinte societatea nu îl pot transmite decât dacă această facultate li s-a acordat în mod statutar, sub sancțiunea răspunderii solidare alături de cel substituit pentru pagubele produse societății.

Legea societară stabilește o răspundere solidară față de societate a administratorilor pentru realitatea vărsămintelor asociaților, legalitatea dividendelor plătite, ținerea corectă a registrelor prevăzute de lege, executarea întocmai a hotărârilor adunărilor generale. Aceste obligații sunt numai exemplificative fiindcă sub aceeași răspundere sunt ținuți administratorii pentru toate îndatoririle lor, indiferent de izvorul juridic: legea sau actul constitutiv. Regulile speciale aplicabile tipurilor de societăți întregesc reglementarea obligațiilor administratorilor și adaugă la regimul legal al acestei instituții juridice.

---

[1] Art. 7 lit. e) LS la care face trimitere art. 8^1.

[2] Art. 8^1 LS cu trimitere la art. 8 lit. h), art. 153^{13}.

[3] Art. 88 și 188 LS.

Secțiunea a 3-a. Funcția de supraveghere a gestiunii

343. Cenzorii societății. În societățile cu personalitate juridică supravegherea și controlul gestiunii administratorilor se realizează de către asociați sau de un organ specializat instituit prin lege. Acest organ specializat este reprezentat în mod tradițional de cenzorii societății. În general dreptul de control aparține asociaților, fiind una dintre prerogativele lor[1]. Doctrina a inclus acest drept într-o prerogativă mai largă, ce ține de finalitatea entității colective, respectiv prerogativa participativă, incluzând dreptul asociaților de-a fi informați asupra gestiunii și politicii economice a societății, de-a participa la adoptarea hotărârilor în organul deliberativ, plus dreptul de control asupra activității administratorilor și a gestiunii în general[2]. Acest drept își are originea în relațiile dintre mandatar și mandant din materia mandatului[3], respectiv mandatarul are obligația să îl înștiințeze pe mandant despre executarea mandatului. În materia societăților administratorul își prezintă raportul în fața adunării asociaților și răspunde pentru activitatea lui în fața acesteia. Periodicitatea mare a rapoartelor administratorilor și lipsa unei existențe organice a entității colective a făcut ca legiuitorul să prevadă expres dreptul de control pe care îl au asociații, ne administratori, în privința modului în care administratorii își execută mandatul lor[4]. Acolo unde legea reglementează instituția cenzorilor dreptul de control al gestiunii este încredințat în exclusivitate lor. Acest lucru se întâmplă la societățile de capitaluri și, în parte, la societățile cu răspundere limitată. Nimic nu împiedică pe asociați ca prin actul constitutiv să adopte acest organ și la celelalte societăți.

Mandatul cenzorilor este unul care transcende simpla certificare contabilă a situațiilor societății.

344. Cenzori și auditori. Instituția cenzorilor a rămas regula în privința organelor societare și după implementarea obligațiilor de auditare și organizarea auditului financiar în acest scop. Anumite incoerențe normative în privința conflictului între atribuțiilor cenzorilor și auditorilor au fost soluționate prin acomodarea celor două instituții. Instituția auditorilor a fost adoptată odată cu efortul de aliniere la legislația europeană și standardele de raportare financiară europene și a părut în prima fază că intră în concurență cu cea a cenzorilor. Cenzorii însă au competențe care transcend o certificare financiară. Mandatul lor este mult mai larg și implicit răspunderea față de mandant (contractuală și legală). Inițial auditorii financiari au fost percepuți ca un corp profesional ai cărui membrii intră în relații pur contractuale cu societățile auditate. Raportul juridic în sine este consfințit printr-un *contract (misiune) de audit* încheiat de societate prin reprezentanții săi, administratorii cu puteri de reprezentare. În acest caz răspunderea auditorilor ar fi una pur contractuală, limitată.

---

[1] În cazul societăților de capitaluri nu se acordă dreptul de control fiecărui acționar. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 569; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 369.

[2] *O. Căpățână*, op. cit., p. 300.

[3] În sensul că cenzorii nu sunt în mod riguros mandatari ai societății, ci reprezentanți ai acționarilor grupați în adunarea generală, *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 264.

[4] Art. 199 alin. (5) LS. În lipsă de cenzori, fiecare dintre asociații care nu este administrator al societății va exercita dreptul de control pe care asociații îl au în societățile în nume colectiv.

Legea societară a completat însă și în cazul auditorilor, ca și la cenzori și administratori, regimul contractual cu un regim legal care implică responsabilități sporite și atrage răspunderea față de societate pentru neîndeplinirea lor. Substituirea totală a cenzorilor cu auditorii, în societățile care intră sub incidența obligației de auditare, este posibilă prin observarea existenței unui raport juridic complex între auditori și societate, având o dublă natură, contractuală (de mandat și de prestări de servicii profesionale) și legală, asemănător raportului juridic dintre cenzori și societate.

În forma prezentă a legii societare[1] instituția cenzorilor, ca organ de control în societățile cu personalitate juridică, și-a păstrat configurația legală tradițională. Incidența instituției auditorilor financiari poate fi obligatorie, la societățile supuse obligației de auditare, sau facultativă, când asociații optează pentru ea deși nu sunt sub incidența obligației legale. Cenzorii vor fi întâlniți în continuare în mod obligatoriu acolo unde legea societară impune precum și, în mod facultativ, pot continua să existe împreună cu auditorii acolo unde aceștia sunt obligatorii sau contractați în mod voluntar de societăți. Cu alte cuvinte auditorii au vocația de a înlocui cenzorii, fie că sunt aleși în mod obligatoriu sau voluntar. Dar societățile au libertatea, prin hotărârea lor statură, să păstreze ambele instituții[2].

Atribuțiile auditorilor în exercitarea profesiei și a angajamentelor lor nu se limitează la certificarea și exprimarea unei opinii în privința situațiilor financiare ale societăților cu personalitate juridică. Legislația societară impune societăților supuse auditului financiar să organizeze auditul propriu (intern). Societățile ale căror situații financiare anuale sunt supuse auditului financiar, în baza legii sau a hotărârii acționarilor, vor organiza auditul intern potrivit normelor elaborate de Camera Auditorilor Financiari din Romania [art. 160 alin. (2) LS].

345. Competențe și răspunderi. Atât cenzorii cât și auditorii sunt chemați să realizeze o funcție de control a gestiunii în folosul acționarilor și în locul lor, fiindcă apariția acestora refuză acționarilor un drept de control individual și dezorganizat. Legea societară impune cenzorilor și auditorilor supravegherea gestiunii societății, verificarea situațiilor financiare conform cu legea și registrele societății. Despre acestea cenzorii trebuie să prezinte adunării generale un raport amănunțit (art. 163 LS), obligatoriu pentru aprobarea situațiilor financiare. La rândul lor auditorii vor prezenta un raport, în forma prescrisă de normele lor profesionale, cu o opinie de audit.

Suspendarea dreptului de control al acționarilor face ca aceștia să poată să reclame cenzorilor sau auditorilor faptele despre care cred că trebuie cenzurate, verificate și raportate către adunarea generală (art. 164 LS). Cenzorii și auditorii nu sunt organe colective. Cu excepția rapoartelor obligatorii care însoțesc situațiile financiare, unde în caz de neînțelegere pot prezenta rapoarte separate către adunarea generală, vor putea lucra separat.

Răspunderea cenzorilor și auditorilor față de societate și asociați este una agravată. Împotriva lor, ca și în cazul administratorilor, societatea poate angaja răspunderea juridică după regulile societare.

---

[1] Legea nr. 31/1990, Secțiunea a 4-a, Capitolul IV, Titlul II (*Auditul financiar, auditul intern și cenzorii*).

[2] Art. 160 alin. (1)[2] LS.

Capitolul II
Societatea în nume colectiv

346. Cadru general. Societatea în nume colectiv reprezintă cea mai simplă formă societară care se bucură de personalitate juridică. Existența personalității juridice nu reprezintă însă o protecție reală pentru asociați atât timp cât aceştia răspund *solidar şi nelimitat* pentru datoriile sociale, iar orice hotărâre pronunțată împotriva societății este prin efectul legii opozabilă direct fiecărui asociat (art. 85 LS). Singura protecție de care se bucură asociații în fața creditorilor sociali este o formă limitată a beneficiului de discuțiune din materia garanțiilor (art. 2294 C.civ.): ei pot solicita creditorilor sociali să se îndrepte mai întâi împotriva societății pentru obligațiile ei, aceasta având un termen de executare de 15 zile de la data punerii în întârziere. Chiar dacă societatea este solvabilă şi are bunuri sesizabile indicate, ulterior trecerii acestui termen creditorii nu sunt obligați la o anumită ordine de executare.

Acest dezavantaj al societății în nume colectiv este totuşi exagerat prin alegerea în practică de către micile societăți, aproape în cvasi-totalitea formei societății cu răspundere limitată. Tendința societară modernă este de a refuza beneficiul răspunderii limitate şi al personalității distincte a societății, asociaților care abuzează de aceste calități în dauna creditorilor şi în folos propriu. Legea dispune că răspunderea asociatului devine nelimitata atunci când acesta dispune de bunurile societății ca si cum ar fi bunurile sale proprii sau când diminuează activul societății în beneficiul personal ori al unor terți, cu finalitatea aducerii societății în situația de a nu îşi executa obligațiile[1]. Mai mult, procedurile de insolvență tind să transfere persoanelor responsabile cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență a societății, prin fapta lor (asociați, administratori etc.), o parte din pasivul social[2].

Nici participarea la viața economică a unei societăți cu răspundere limitată nu este mai facilă decât cea a unei societăți în nume colectiv. În practica bancară răspunderea limitată nu ajută la nimic cât timp instituțiile de credit solicită în mod curent garanții personale (fidejusiune) pentru asociații acestor societăți, situație care le creează o situație similară cu a societăților în nume colectiv[3].

Societatea în nume colectiv este bine adaptată pentru întreprinderile mici, de două, trei persoane, care se cunosc foarte bine şi au încredere deplină una în alta. De altfel cesiunea participării la capitalul social (părțile de interes) nu pot fi transmise decât cu condiția prevederii acestui lucru în actul constitutiv (art. 87 LS), lucru care face ca societatea să fie *intuitu personae*. Orice modificare în privința asociaților, chiar şi în privința transmiterii părților între asociații existenți are nevoie de unanimitatea voințelor, de recursul la regulile contractuale. Acest lucru întăreşte încrederea între asociați,

---

[1] Art. 237[1] alin. (4) LS.

[2] Art. 138 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 170.

exclude surpriza apariției unor asociați nedoriți, dar și îngreunează mult retragerea din societate.

347. Organizarea societății. Deliberarea și administrarea. În societățile în nume colectiv[1], deși nu este definită de lege o adunare generală a asociaților[2], deciziile sunt luate de asociați împreună, după algoritmul de formare a voinței sociale stabilit de lege, având în vedere și caracterul *intuitu personae* al contractului pe care se bazează acest tip de societate[3]. Distincția care începe să se facă, în mod incipient și timid, în privința acestui tip de societate între asociați și societate, care angajează răspunderea asociaților pentru obligații sociale doar în subsidiar față de răspunderea proprie[4], cu patrimoniul propriu, social, se face simțită și în privința formării voinței sociale. Dincolo de regimul cesiunii părților de interes, supus în principiu regulilor contractuale, asistăm la înlocuirea principiului unanimității, folosit în perioada comercială veche[5] cu principiul mai flexibil al majorității.

Legea nr. 31/1990 afirmă luarea deciziilor, formarea voinței sociale, prin votul asociaților care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social într-un număr explicit de cazuri. Alegerea administratorilor, dintre asociați, împreună cu puterile, durata însărcinării și remunerația, dacă nu cumva actul constitutiv a prevăzut deja aceste lucruri, sunt supuse votului majorității (absolute)[6]. În mod simetric revocarea administratorilor sau limitarea puterilor lor suportă aceeași regulă a majorității cu excepția cazurilor când administratorii au fost numiți prin actul constitutiv, situație supusă condițiilor de modificare a actului constitutiv [art. 77 alin. (2) LS]. Puterile administratorilor sunt limitate în mod legal astfel încât în situația în care un administrator întreprinde operațiuni ce depășesc limitele activității obișnuite a societății, acesta este ținut să-i înștiințeze pe ceilalți administratori, înainte de a o încheia, sub sancțiunea suportării pierderilor ce ar rezulta din aceasta, iar în caz de opoziție a vreunuia dintre ei, este necesar votul asociaților sub aceeași condiție a majorității absolute a capitalului social (art. 76 și 78 LS). Aprobarea situațiilor financiare și angajarea judiciară a răspunderii administratorilor este supusă și ea condiției întrunirii majorității absolute din capitalul social (art. 86 LS).

Dreptul de a reprezenta societatea aparține nivelului de administrare, format din unul sau mai mulți administrator, fiecare având în mod individual această putere dacă

---

[1] Pentru prezentarea pe larg a acestui tip de societate, a se vedea *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 187 și urm.; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 182; *D.D. Gerota*, op. cit., p. 83 și urm.; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 181-204.

[2] Art. 1910 C.civ. Societatea simplă cunoaște adunarea asociaților astfel încât aceasta trebuie recunoscută și în cazul societății în nume colectiv.

[3] Această formă de societate a fost considerată adaptată necesităților unor afaceri mici, în care asociații realizează nemijlocit activitatea și își asumă toate riscurile, *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 253; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 287.

[4] Soluția era aceeași în doctrina veche, *I.N. Fințescu*, op. cit., vol. I, p. 205; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 294.

[5] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. Socec, op. cit., p. 322.

[6] Art. 77 alin. (1) LS.

nu există prevedere contrară în actul constitutiv. Pluralitatea de administratori impune reguli de conlucrare între aceştia. Regula, de drept comun, este aceea că, fiecare administrator are puteri depline, poate administra singur în interesul societăţii, cu bună-credinţă[1]. Dacă actul constitutiv dispune ca administratorii să lucreze împreună, deciziile lor trebuie luate în unanimitate. Eşecul în atingerea unanimităţii este arbitrat de asociaţi care vor decide cu majoritatea absolută a capitalului social [art. 76 alin. (1) LS].

348. Reguli de funcţionare. Modul în care sunt tratate deliberările în societăţile în nume colectiv a lăsat loc la interpretări privind incidenţa generală a principiului majorităţii. Metoda aleasă este una „cazuistică", prin indicarea soluţiei în fiecare caz în parte. În mod natural nu au putut fi acoperite toate cazurile posibile astfel că se pune problema regulii generale de urmat. Doctrina s-a pronunţat în mod diferit[2]. În privinţa modificării actelor constitutive voinţa necesară, a asociaţilor, este cea unanimă aşa cum rezulta *per a contrario* din dispoziţiile art. 77 alin. (2) din Legea societăţilor[3]. Regula de funcţionare a acestor societăţi pare mai aproape de aplicarea principiului contractual al unanimităţii. Intervenţia legiuitorului în privinţa aplicării principiului majorităţii nu constituie decât un „transplant" care nu alterează esenţa contractuală a societăţii[4]. Situaţia prezentă, chiar în lipsa modificării legii societare, este diferită. Societatea simplă, baza contractuală şi dreptul comun al societăţilor, funcţionează în mod declarat pe baza principiului majorităţii drepturilor de vot ataşate părţilor de interes şi instituie adunarea asociaţilor pentru această societate (art. 1911 C.civ.). În acest mod regula de funcţionare prezentă este regula majorităţii, dacă prin contract sau prin lege nu se stabileşte altfel [art. 1910 alin. (2) C.civ.].

Majoritatea cerută pentru funcţionarea societăţii este raportată la capitalul social (majoritate absolută) astfel încât cerinţe suplimentare de convocare şi constituire a adunării asociaţilor nu sunt necesare. Dreptul de vot se exercită în condiţiile legii şi ale actului constitutiv. În lipsa unei stipulaţii legale votul se va exercita proporţional cu participarea la capitalul social. Soluţia este legal consacrată în dreptul comun[5].

Pentru deliberare, în societatea în nume colectiv nu este instituţionalizată o adunare generală şi astfel nu sunt impuse nici condiţii de convocare sau cvorum. Dreptul comun instituie deja în mod general o asemenea adunare a asociaţilor. Situaţia este oricum deplin reglementată atât timp cât criteriul pentru formarea voinţei se referă la asociaţii reprezentând majoritatea capitalului social. În mod logic capitalul reprezentat în adunare va trebui să fie peste jumătate din capitalul social. Majoritatea la care se referă

---

[1] Art. 1916 C.civ.

[2] *O. Căpăţână*, op. cit., p. 303; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 291.

[3] Art. 77 alin. (2) LS: Cu aceeaşi majoritate asociaţii pot decide asupra revocării administratorilor sau asupra limitării puterilor lor afară de cazul în care administratorii au fost numiţi prin actul constitutiv.

[4] Pentru aceeaşi soluţie bazată pe regulile de drept comun ale contractului de societate, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 182-183.

[5] Art. 1900 alin. (2) C.civ. Soluţia se află şi în materia societăţii cu răspundere limitată. Art. 193 alin. (1) LS: „Fiecare parte socială dă drept la un vot".

legiuitorul este o majoritate absolută luând ca referință capitalul social întreg și nu cel reprezentat în adunare[1].

Chiar și fără o dispoziție expresă, doctrina admisese că decizia asociaților contrară legii sau actului constitutiv poate fi anulată prin acțiune judecătorească la cererea unui asociat[2]. Dreptul comun detaliază în prezent procedura de contestare a hotărârilor, respectiv asociatul poate contesta la instanța judecătorească decizia asociaților luată cu majoritate, în termen de 15 zile de la data la care a fost luată, dacă a fost prezent, și de la data comunicării, dacă a lipsit din adunare[3]. Dacă hotărârea nu i-a fost comunicată, termenul curge de la data la care a luat cunoștință de aceasta, dar nu mai târziu de un an de la data la care a fost luată hotărârea.

349. Drepturi ale asociaților. Societatea în nume colectiv asigură o prezență continuă și neîngrădită a asociaților la viața societară. Caracterul *intuitu personae* face ca societatea să sufere din punct de vedere al funcționării dacă un asociat nu participă la viața societară.

Dreptul la informare. Legea privind societățile tratează destul de sumar viața societară și raporturile dintre asociați și societate în virtutea caracterului contractual și a prevederilor statutare. Asociații ne-administratori necesită o protecție sporită datorită neimplicării lor în gestiunea de zi cu zi a societății. Codul civil instituie un set de reguli generale aplicabile pentru societățile de persoane. Astfel, oricare dintre asociați are dreptul de a consulta registrele și situațiile financiare ale societății, de a lua cunoștință de operațiunile acesteia și de a consulta orice document al societății. Asociații au un drept de informare limitat doar de desfășurarea normală activității, respectiv nu trebuie să stânjenească operațiunile societății sau drepturile celorlalți asociați. Asociații sunt îndreptățiți și la primirea unui raport anual al administratorilor cu privire la mersul societății, care la cererea oricărui asociat va fi dezbătut de toți asociații reuniți în acest scop la sediul social (art. 1918 C.civ.). Dreptul la informare se suprapune cu un drept general recunoscut asociaților acestei societăți: *dreptul de control.*

Societatea în nume colectiv păstrează pentru asociați acest drept, în lipsa cenzorilor, care nu sunt obligatoriu impuși de lege. Legea societară dispune că în lipsă de cenzori sau, după caz, de auditor financiar, fiecare dintre asociați, care nu este administrator al societății, va exercita un drept propriu de control în privința întregii activități societare [art. 199 alin. (5) LS]. Acest drept se înscrie într-o facultate mai largă recunoscută asociaților: *dreptul de a participa la viața societară*[4] care recunoaște dreptul asociaților de a participa și vota în reuniunile asociaților (adunările), de a se bucura de rezultatele financiare, de a participa la activitatea societății dacă sunt administratori.

---

[1] Art. 76, 77, 78 și 86 LS (unde deși se folosește doar termenul de *majoritate* tot la capitalul social se referă).

[2] *O. Căpățână*, op. cit., p. 323.

[3] Art. 1912 C.civ. Dacă hotărârea nu a fost comunicată asociatului termenul de contestare curge de la data la care acesta a luat cunoștință de ea, dar nu mai târziu de un an de la data adoptării hotărârii.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 181.

350. Obligații de neconcurentă și reguli de conduită pentru asociați. Caracterul *intuitu personae* al societății și relațiile de încredere dintre asociați pe care le presupune acesta atrage reguli consacrate de conduită pentru asociați. *Conflictul de interese* dintre asociat și societate are o tratare așteptată, respectiv asociatului care are într-o operațiune, el sau o persoană reprezentată de el, interese contrare acelora ale societății, îi este interzis să ia parte la decizii privind această operațiune, sub sancțiunea acoperirii daunelor cauzate societății, dacă fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută.

Societatea în nume colectiv are o personalitate și juridică și un patrimoniu propriu diferit de cel al asociaților. Totuși dimensiunea redusă a societății ca și răspunderea nelimitată a asociaților fac ca legea să trateze cu o îngăduință mai mare independența patrimoniilor. Astfel, asociații pot lua din fondurile societății atât cheltuielile făcute în interesul societății cât și, în condițiile actului constitutiv, pentru cheltuielile personale [art. 81 alin. (3) LS].

Specific societății de persoane, reprezentată de societatea în nume colectiv, este obligația de neconcurență pe care și-o datorează asociații. Ei nu pot avea calitatea de asociați cu răspundere nelimitată în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate, după cum le este interzis și să facă operațiuni în cont propriu sau al altora, în același fel de comerț sau într-unul asemănător. *Obligația de neconcurență* derivă din contractul de societate astfel încât consimțământul celorlalți asociați poate exonera de această obligație. Legea societară prescrie și o prezumție de consimțământ pentru participarea nelimitată la o altă societate sau operațiuni anterioare încheierii actului constitutiv și cunoscute, fără opoziție, de ceilalți asociați.

Încălcarea obligației de neconcurență dă dreptul la excluderea asociatului în culpă și la angajarea răspunderii sale juridice fie sub forma datorării beneficiilor obținute de asociat, fie sub forma despăgubirilor pricinuite. Acțiunea este prescrisă după trecerea a trei luni din ziua când societatea a avut cunoștință de actele de concurență, fără să fi luat vreo hotărâre.

BCU IASI / CENTRA UNIVERSITARA

Capitolul III
Societatea în comandită simplă

351. Cadrul general. Al doilea şablon societar tradiţional este reprezentat de societatea în comandită simplă. Caracteristic acestei societăţi este existenţa a două timpuri diferite de asociaţi: *comanditaţi*, care răspund nelimitat şi solidar pentru obligaţiile sociale, asemănător asociaţilor în societăţile în nume colectiv şi *comanditari,* care răspund numai până la concurenţa capitalului social subscris prin aportare. Societatea în comandită simplă rezolvă în mod strălucit aşteptările divergente ale asociaţilor şi terţilor în privinţa societăţii. Pe de o parte acordă răspunderea limitată, mai atractivă pentru asociaţi, prin construcţia societară a asociaţilor comanditari şi pe de altă parte răspunde nevoilor de garantare şi încredere contractuală ridicate de terţii cu care societatea intră în raporturi juridice. Cu toate aceste avantaje societatea în comandită simplă a intrat şi ea în acelaşi proces de declin odată cu apariţia societăţii cu răspundere limitată care conferă, cel puţin aparent, protecţia juridică a personalităţii juridice distincte şi a răspunderii limitate pentru toţi asociaţii.

352. Funcţionarea societăţii. Din punct de vedere normativ societatea în comandită simplă stă în umbra societăţii în nume colectiv de la care împrumută majoritatea normelor de funcţionare.

Specificul reglementării rezidă în condiţiile speciale care privesc *administratorii* societăţii. Administrarea societăţilor în comandită simplă este reglementată similar cu societatea în nume colectiv, diferenţierea esenţială fiind că este rezervată de legiuitor asociaţilor comanditaţi (art. 88 LS). Legea instituie o adevărată interdicţie de imixtiune a comanditarilor în administrarea societăţii, în gestiunea externă. În compensare, comanditarii păstrează drepturi de participare în gestiunea internă a societăţii[1].

Poziţia asociaţilor comanditari, fără vocaţia de a fi administratori, este apărată de instituirea unor *drepturi de informare şi control* special reglementate. În primul rând asociaţii comanditari pot reprezenta societatea doar în condiţii restrictive, contractuale, respectiv numai în baza unei procuri speciale, în condiţii impuse de publicitate şi pentru operaţiuni determinate (art. 89 LS). În caz contrar comanditarul este asimilat, pentru protecţia terţilor, cu comanditatul pentru acele operaţiuni şi asociatul comanditar devine răspunzător faţă de terţi nelimitat şi solidar, pentru toate obligaţiunile societăţii contractate de la data operaţiunii încheiate de el.

Asociatul comanditar are dreptul de a obţine, în copie, situaţiile financiare anuale şi de a controla acurateţea lor prin confruntarea lor cu registrele comerciale şi documentele justificative. Comanditarul păstrează *dreptul de participare la viaţa societară*, derivat din calitatea sa de asociat, respectiv participă la adunările asociaţilor cu drepturi egale, putând să participe la numirea şi la revocarea administratorilor, la acordarea

[1] *Ph. Merle*, Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 197.

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

autorizării administratorilor pentru operațiunile ce depășesc puterile lor. Lipsa vocației de administrare nu știrbește cu nimic drepturile comanditarului ca asociat.

Societatea în comandită simplă păstrează regimul sever al netransmisibilității părților de interes, respectiv cesiunea aportului de capital social este posibilă doar dacă a fost permisă prin actul constitutiv. În caz contrar, regimul contractual al unanimității guvernează schimbările în privința actului constitutiv.

353. Obligațiile asociaților. Reglementarea societății în comandită simplă împrumută norme din materia societății în nume colectiv. Obligațiile asociaților derivă în special din cele două specii: comanditații și comanditarii. În privința comanditaților, cea mai importantă obligație ține de suportarea solidară și integrală a pasivului social, de *răspunderea lor solidară și nelimitată*. În privința acestora este incidentă și *obligația de neconcurență*, în aceeași configurație ca la societățile în nume colectiv, respectiv asociații comanditați nu pot lua parte, ca asociați cu răspundere nelimitată în alte societăți având același obiect de activitate sau să facă operațiuni în nume propriu sau în numele altora în același domeniu sau într-unul asemănător, fără consimțământul celorlalți asociați.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul IV
Societatea cu răspundere limitată

Secțiunea 1. Introducere

354. Generalități. Societatea cu răspundere limitată (SRL) reprezintă o creație relativ recentă de drept societar. După inventarea ei în spațiul german în 1892 (*Gesellshaft mit beschrankter Haftung, GmbH*), aceasta a pătruns în spațiul francez (1925) și ulterior în toată Europa. Aderența mare a asociaților la acest tip societar i-a adus un succes aparte în organizarea întreprinderilor si a pus în umbră formele clasice ale societăților de persoane. Astfel, conform statisticii Oficiului Național al Registrului Comerțului, în perioada 1990 – aprilie 2013 în România au fost înregistrare un număr de 1.614.837 societăți (comerciale), din care 1.545.988, 95,7% din total, societăți cu răspundere limitată (SRL), 34.525 societăți pe acțiuni (SA), 32.688 societăți în nume colectiv (SNC) și 1.636 societăți în comandită simplă (SCS)[1]. Față de asemenea aderare a asociaților la cadrul societar al SRL legea societăților este total nedreaptă. Reglementarea SRL este mai degrabă una lapidară și lacunară, față de abundența normelor din materia societății pe acțiuni. Probabil că *de lege ferenda* se impune reglementarea mult mai atentă a șablonului societar care practic monopolizează speciile române de societăți.

355. Avantajele și dezavantajele tipului societar. Succesul SRL provine în mod evident de la tipul de răspundere al asociaților care, cel puțin teoretic, se bucură de protecția patrimoniului personal, prin răspunderea limitată la aporturile subscrise, față de eventualul eșec al întreprinderii, dar și de la valoarea aproape simbolică a capitalului social minim (200 lei). Un asemenea capital social nu trebuie să mire cât timp societățile de persoane nu au fixat deloc un capital social minim. Doctrina veche vorbea de necesitatea unei adecvări a capitalului la obiectul de activitate propus, teză care în prezent nu mai poate fi susținută. Concepțiile mai noi declară libertatea întreprinzătorului și inutilitatea stabilirii normative arbitrare a unui prag valoric minim pentru demararea unei activități economice. Așa s-a ajuns ca societatea omonimă de drept francez să cunoască un prag minim al capitalului social de un euro[2].

Alte avantaje societare țin de structura și funcționarea relativ simplă a societății. Posibilitatea funcționării cu administrator unic, lipsa obligativității organului colectiv de administrație, o adunare a asociaților simplificată și neobligativitatea organului de control (pentru societățile mici) asigură și ele atractivitatea formei societare. Mai mult, lucru asupra căruia vom insista mai departe, funcționarea societății în forma

---

[1] Sinteza statistică, Operațiuni în Registrul Central al Comerțului la data de 30 aprilie 2013, p. 10 (*http://www.onrc.ro/romana/statistici.php*)

[2] Legea franceză pentru inițiativă economică din 1 august 2003. Prevederea este considerată în parte demagogică (*Ph. Merle*, op. cit., p. 208).

unipersonală, cu asociat unic, este foarte atrăgătoare. Dar nici dezavantajele nu sunt de ocolit. Forma societară a SRL ascunde un principiu mixt, şi unic, al dublei majorităţi, în capital (părţi sociale) şi persoane. Este drept că modificările succesive normative permit înlăturarea statutară a acestui principiu ce ţine de caracterul *intuitu personae* al contractului de societate. Dar germenele reglementării rămâne să acţioneze în tăcerea voinţei părţilor. Mai departe, transferul părţilor sociale este puternic restricţionat şi aminteşte din nou de înrudirea cu societăţile de persoane. Folosirea societăţii în scopuri investiţionale, cu intenţia de ieşire voluntară viitoare din societate prin cesiunea titlurilor către terţi se poate dovedi neinspirată. Lipsa caracterului de valori mobiliare pentru părţile sociale fac transferul acestora împovărător. Nici regimul fiscal nu este unul prietenos cu acest transfer, ca şi cu societatea în general, fiindcă nu îi recunoaşte transparenţa fiscală, lucru refuzat şi societăţilor de persoane de altfel, respectiv taxarea unică la nivel de asociat şi nu dublă, la nivel de societate (impozit pe profit) şi la nivel de persoană (impozit pe venit – dividende). Această problemă ţine însă în general de sistemul fiscal român, total neprietenos, opresiv chiar cu întreprinderile economice. Proiectarea societăţii pentru activităţi de anvergură mică sau medie reiese şi din limitarea numărului maxim de asociaţi (50). În final nu trebuie omis nici inconvenientul neacceptării pe piaţa de capital a unui SRL atât în vederea listării, în principal fiindcă părţile sociale nu sunt valori mobiliare, cât şi în privinţa emisiunii de titluri negociabile (societatea are interdicţie fermă pentru aşa ceva).

Nici răspunderea limitată nu este în totalitate un avantaj fiindcă lipsa de garanţii generale oferite de un patrimoniu adecvat face ca partenerii comerciali sau instituţiile de credit să solicite în mod obligatoriu unui SRL garanţia personală nelimitată a asociaţilor sau asociatului majoritar.

În concluzie o societate de tip SRL, dacă nu este un vehicul controlat şi proiectat pentru scopuri precise de întreprinderi specializate, rămâne adecvată pentru activităţile economice la scară mică sau medie.

Numărul mare de societăţi de tip SRL ascunde şi un număr mare de litigii şi dizolvări. Capcana în care cad mulţi întreprinzători este reprezentarea şi cunoaşterea regulilor de funcţionare de la o societate cu acţiuni şi alegerea unui SRL din motive de simplitate şi costuri mai reduse. Eroarea va fi resimţită curând fiindcă funcţionarea unui SRL nu are impersonalitatea, neutralitatea şi uşurinţa renunţării proprii unui SA. Societatea cu răspundere limitată este foarte predispusă la blocaje funcţionale când numărul de asociaţi creşte, iar afinităţile dintre ei scad. O astfel de societate este ca o îmbrăţişare spasmodică din care nu poţi să scapi dacă *doar* tu te străduieşti să-ţi eliberezi braţele.

356. Caractere juridice. Societatea este privită ca o formă *hibridă*, care împrumută caractere atât de la societăţile de persoane cât şi de la societăţile de capitaluri[1]. Dar la SRL răspunderea asociaţilor diferă de societăţile de persoane, fiind limitată, iar părţile sociale nu sunt titluri negociabile precum la societăţile de capitaluri, iar contractul de societate păstrează un caracter *intuitu personae*. Societatea cu

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 204.

răspundere limitată nu poate atinge anvergura societăților de capitaluri. Limita numărului de asociați (50) face din această societate o societate de *tip mediu* cel mult. Totuși, după societățile de capitaluri, societatea cu răspundere limitată se bucură și ea de o reglementare mai atentă a organelor sale, chiar dacă în parte prin norme de trimitere la organizarea organelor colective ale societății pe acțiuni.

Caracterul de societate cu răspundere limitată cuprins în denumire poate înșela în privința monopolului pe această caracteristică. În realitate și societățile pe acțiuni sunt societăți de tip societate care se bucură de răspundere limitată. Această caracteristică nu ține de esența unui SRL. Lipsa emisiunii de titluri negociabile este mai aproape de această esență și este deosebirea fundamentală față de societatea de capitaluri.

Secțiunea a 2-a. Adunarea generală

357. Asociații. Hotărârile adunării asociaților. Legea societară declară că hotărârile asociaților se iau în adunarea generală, instituind practic acest organ deliberativ pentru SRL. Actul constitutiv poate adopta și o formă modernă de vot, votul prin corespondență, dar aceasta necesită dezvoltare procedurală pentru a fi funcțională[1].

Caracterul hibrid al SRL se relevă odată cu observarea principiul decizional. Legea instituie o majoritate dublă, unică la nivel societar. Astfel, adunarea generală decide prin votul reprezentând majoritatea absolută a asociaților și a părților sociale (art. 192 LS). Din anul 2003 legea permite însă abdicarea de la principiul tradițional al dublei majorități în această materie. Cerința dublei majorități devine o normă supletivă care poate fi înlăturată prin voința asociaților exprimată în limitele actului constitutiv. Este un punct sensibil în proiectarea societară fiindcă ratarea eliminării acestei prevederi prin actul constitutiv face din SRL o societate cu pronunțat caracter *intuitu personae* și potențial ridicat de blocaj decizional pentru societățile cu mulți asociați. Situația este și mai critică în privința modificărilor de acte constitutive. În mod implicit, prin normele legale supletive, principiul modificării actului constitutiv este cel de la societățile de persoane, principiul unanimității. Păstrarea acestui principiu face imposibilă adoptarea unui principiu al majorității în timpul existenței societății, altfel decât prin unanimitate. Legea declară că hotărârile privind modificarea actului constitutiv necesită votul tuturor asociaților, dacă legea sau actul constitutiv nu prevăd altfel [art. 192 alin. (2) LS]. Referirile la lege țin de anumite modificări, punctuale, reglementate separat în cuprinsul legii societare (de exemplu, cesiunea părților sociale, care reprezintă o modificare de act constitutiv).

Formarea voinței în societățile cu răspundere limitată, așa cum este statuată de legiuitor, are caracteristici aparte față de celelalte societăți. Așa cum am relevat, voința socială necesită, ca regulă supletivă, o dublă majoritate: în numărul asociaților

---

[1] Art. 191 LS. Pentru dificultățile ridicate de votul prin corespondență – a cărui procedură nu are o dezvoltare legală – și pentru opinia că această procedură exclude chiar convocarea asociaților în adunarea generală, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 406.

şi în numărul părţilor sociale (în capital)[1]. Pentru a facilita procesul decizional condiţia este impusă doar pentru prima convocare [art. 193 alin. (3) LS]. Dacă adunarea legal constituită nu poate lua o hotărâre valabilă, din cauza neîntrunirii majorităţii cerute, adunarea convocată din nou poate lua hotărâri indiferent de numărul de asociaţi şi partea din capitalul social reprezentată de asociaţii prezenţi, în condiţii de majoritate. Formularea normei nu conţine deloc o abandonare clară de la principiul dublei majorităţi în cazul celei de-a doua convocări[2]. Soluţia convenabilă este, din nou, fixarea actului constitutiv în norme clare privind deliberarea, profitând de recunoaşterea legală a principiului dublei majorităţi ca fiind supletiv.

În privinţa modificării actelor constitutive considerentele privind a doua convocare nu pot fi incidente în lipsa unei prevederi exprese[3], respectiv aplicarea principiului legal al unanimităţii va rămâne incidentă şi la convocările următoare dacă nu s-a renunţat în mod statutar şi expres la el. În cazul înlocuirii lui statutare va dispune acest izvor juridic şi în privinţa convocărilor ulterioare sau, soluţia statutară unică va fi incidentă la orice convocări ulterioare.

358. SRL, şablonul societar cel mai flexibil. Unanimitatea voinţelor asociaţilor în privinţa modificărilor statutare cunoaşte derogări legale. Excepţia se referă la înstrăinarea părţilor sociale, ceea ce semnifică implicit modificarea actului constitutiv, în cazul societăţilor de persoane şi cu răspundere limitată. Acest principiu al unanimităţii este un handicap pentru formarea sigură şi rapidă a voinţei în societăţile mari, dar retrogradarea lui la nivel de normă supletivă nu este dublată de garanţii pentru asociaţi şi reguli minime de formare a voinţei sociale. Societăţile de capitaluri, de exemplu, în lipsa unanimităţii voinţelor asociaţilor, au implementat totuşi un sistem de cvorum şi majorităţi, calificate în unele cazuri. În lipsa unor condiţii minimale, explicite, aplicate voinţei asociaţilor în cazul în care se derogă de la principiul unanimităţii, doctrina se pronunţase în sensul că limita impusă în privinţa hotărârilor societăţii în general, respectiv majoritatea absolută a asociaţilor şi a părţilor sociale, nu poate fi încălcată[4]. În prezent nici această limită nu mai este imperativă, asociaţii putând practic să adopte prin actul constitutiv reguli unice pentru adoptarea oricăror hotărâri ale adunărilor generale (indiferent de obiectul hotărârii, cu excepţiile legale exprese). Principiul majorităţii în forma sa simplă (nu absolută, raportat la întregul capital social) poate fi aplicat în mod direct la societăţile cu răspundere limitată. Lipsa oricăror praguri minime – calificate – pentru

---

[1] În sensul că regula dublei majorităţi absolute poate fi modificată atât în sensul unei majorităţi calificate cât şi în sensul atenuării ei, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 413.

[2] În sensul că regula dublei majorităţi funcţionează şi la a doua convocare, cu diferenţa că se referă la majorităţi simple – raportate deci la asociaţii prezenţi şi părţile sociale reprezentate în adunare – a se vedea şi *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 413.

[3] *O. Căpăţână*, op. cit., p. 305. În acelaşi sens, cu nuanţarea că dacă a fost înlăturat principiul unanimităţii şi înlocuit cu o majoritate calificată pe calea unei dispoziţii statutare dispoziţiile privind a doua convocare sunt incidente şi în acest caz, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 414.

[4] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 413.

modificarea actului constitutiv al societăților cu răspundere limitată le face mai flexibile decât societățile de capitaluri chiar și le situează în mod potențial la distanța cea mai mare de principiul contractual al unanimității. Din punctul de vedere al formării voinței sociale și al modificărilor de acte constitutive societățile în cauză pot renunța practic la caracteristicile societăților de persoane. Această redesenare a cadrului social are nevoie de voința expres exprimată a asociaților odată cu adoptarea actelor constitutive. Legiuitorul nu face într-un final decât să extindă foarte mult limitele șablonului societar reprezentat de societatea cu răspundere limitată. În lipsa unei exprimări contractuale exprese, normele supletive din materie păstrează societatea cu răspundere limitată pe coordonatele clasice guvernate de principiul unanimității în privința modificării actului constitutiv și principiul dublei majorități – în numărul de asociați și în părți sociale – în privința formării voinței sociale propriu-zise.

359. Atribuții. Adunarea generală a asociaților are plenitudinea de competență în materie societară, fiind organul deliberativ al societății. Unele atribuții se transformă în obligații, prin declarația legii. Aprobarea situațiilor financiare, cu modul de repartizare a profitului, desemnarea administratorilor, cenzorilor și pronunțarea asupra activității lor, contractarea auditului financiar, unde el este obligatoriu, țin de necesitatea satisfacerii cerințelor contabile și fiscale care privesc societatea.

Adunarea generală, ca organ instituționalizat al SRL, suferă cel mai mult prin lipsa reglementării constituirii și deliberării, respectiv lipsa condițiilor minimale de valabilitate.

Societățile de persoane nu necesită cerințe speciale de constituire, de convocare și publicitate a convocatorului fiindcă ele funcționează pe principiul majorității absolute, când nu sunt guvernate de principiul unanimității. Majoritatea absolută, raportată la capitalul social întreg, asigură o justețe decizională. Întrunirea unui număr suficient de asociați, care pot exprima majoritatea absolută prin vot concordant, poate suplini prezența tuturor asociaților, fiindcă hotărârea ar fi adoptată în condiții superioare de prezență cu aceeași majoritate absolută sau una mai mare. Instituirea eventuală a unor majorități simple (raportate la deținerile asociaților prezenți) induce pericolul clandestinității și manipulării prezenței în adunările generale. Scopul convocării și publicității este tocmai acela de a împiedica exprimarea de majorități simple obținute fraudulos, prin neinformarea asociaților în privința proceselor deliberative.

Legea societară atinge totuși acest subiect. Convocarea adunării asociaților se supune actului constitutiv sau urmează regimul legal al informării prin scrisoare recomandată în privința conținutului ordinii de zi, cu cel puțin 10 zile înainte de ziua fixată pentru ținerea adunării [art. 195 alin. (3) LS].

360. Căi de atac. Hotărârile luate în adunarea generală pot fi contestate în justiție și controlate din punctul de vedere al conformității cu dispozițiile legale și ale actului constitutiv. Norma legală (art. 196 LS) se vrea mai mult decât una de trimitere la materia societăților pe acțiuni, fixând efectiv momentul de timp de la care începe să curgă termenul de prescripție în privința dreptului la acțiune în anularea hotărârii adunării generale. Astfel, termenul de 15 zile prevăzut pentru exercitarea acțiunii

curge de la data la care asociatul a luat cunoştinţă de hotărârea adunării generale pe care o atacă.

Dispoziţiile prevăzute pentru societăţile acţiuni, în ce priveşte dreptul de a ataca hotărârile adunării generale, se aplică în concluzie şi societăţilor cu răspundere limitată.

361. Protecţia acţionarilor. Drepturi recunoscute de lege. Deşi un SRL păstrează caracteristici ale societăţilor de persoane, el este un şablon societar recunoscut pentru o protecţie a asociaţilor mai redusă chiar decât cea oferită de o societate de capitaluri. Paradoxul provine din reglementarea redusă a acestui şablon societar şi posibilitatea înlăturării prin actul constitutiv a regulilor restrictive ale societăţilor de persoane (unanimitatea la modificarea actului constitutiv, principiul dublei majorităţi în procesul decizional). La acestea se adaugă restricţiile majore privind cesiunea părţilor sociale ce lasă asociaţilor doar alternativa *retragerii* din societate în condiţii patrimoniale negociate sau rezultate din expertize contabile. Retragerea poate fi una legală, judiciară sau statutară. Renunţarea la principiul unanimităţii în privinţa modificării actului constitutiv este dublată de o garanţie pentru acţionarii care se opun modificării, respectiv acestora le poate fi recunoscut prin actul constitutiv un drept de retragere, după cum o asemenea alternativă poate fi acordată statutar şi în alte situaţii. În tăcerea actului constitutiv legea conferă un drept de retragere asociatului pentru modificări statutare majore şi limitative[1]: schimbarea obiectului principal de activitate, mutarea sediului societăţii în străinătate, schimbarea formei societăţii, fuziunea sau divizarea societăţii. Retragerea judiciară verifică satisfacerea condiţiei unor *motive temeinice*.

Asociaţii păstrează un *drept de control şi participare la viaţa socială* propriu societăţilor de persoane. Un asemenea drept presupune un drept de inspecţie şi supraveghere a întregii activităţi a societăţii. Aceste drepturi sunt suspendate însă odată cu numirea de cenzori sau auditori financiari. Desemnarea lor este obligatorie doar când numărul asociaţilor depăşeşte 15, însă, în mod statutar, pot fi aleşi şi sub acest număr de asociaţi. Prin simpla alegere a cenzorilor, chiar neobligatorie, drepturile de control sunt suspendate [art. 199 alin. (5) LS]. Încă o dată SRL se dovedeşte cel mai *flexibil* tip societar prin ansamblul de norme supletive, ne-tipice pentru un şablon societar.

Posibilitatea de provocare de dezbateri ale asociaţilor şi adoptare de hotărâri pentru un asociat al SRL este una redusă. Legea garantează doar asociaţilor ce cumulează împreună sau singuri cel puţin o pătrime din capitalul social dreptul de a convoca adunarea generală cu o ordine de zi aleasă de ei [art. 195 alin. (2) LS], arătând scopul acestei convocări.

Drepturile asociaţilor sunt foarte slab conturate în SRL. Înlăturarea prevederilor supletive care reglementează majorităţile de adoptare şi modificare a actului constitutiv, instituirea unor majorităţi simple decizionale poate aşeza asociaţii cu putere de vot mică într-o poziţie dezavantajoasă faţă de administratori şi asociaţii majoritari.

[1] Art. 226 alin. (1) lit. a)[1] LS, cu trimitere la art. 134.

Secțiunea a 3-a. Administrația

362. Administratorii. Societatea cu răspundere limitată nu are reglementate organe colective de administrare. În aceste condiții gestiunea și reprezentarea societății este asumată de fiecare administrator, în lipsă de dispoziție contrară. Administratorii pot fi asociați sau neasociați, persoane fizice sau juridice. Numirea lor se face prin actul constitutiv sau de către adunarea generală. Numirea prin actul constitutiv are implicit nevoie de voința exprimată a tuturor asociaților. În cazul desemnării de către adunarea generală dispozițiile speciale fac trimitere la materia societăților în nume colectiv, respectiv deliberarea se face cu majoritatea absolută a capitalului social[1]. Norma respectivă derogă și ea de la principiul dublei majorități, în numărul asociaților și în numărul părților sociale, instituit pentru formarea voinței sociale în materia societății cu răspundere limitată.

Arhitectura administrativă simplificată a SRL este subliniată prin interdicția aplicării, directe sau prin analogie, a normelor privind societățile de capitaluri, chiar atunci când societatea cu răspundere limitată este supusă obligației de auditare [art. 197 alin. (4) LS]. Reglementarea este una de interpretarea legală, nu o normă prohibitivă privind asociații. SRL își păstrează cea mai mare flexibilitate statutară prin posibilitatea organizării pluralității de administratori, în mod contractual. Consiliul de administrație, ca formă de organizare a administrației, are o rezonanță aparte pentru asociați, ca și titulatura de președinte al consiliului de administrație. Numeroase societăți de tip SRL au adoptat asemenea structuri ce par a conferi grandoare și distincție în fața terților. Organele statutare țin de tipul de societate și nu pot exista dincolo de reglementarea legală. Pluralitatea de administratori este însă reglementă în cazul SRL și atracția pentru un consiliu, atât timp cât normele de reprezentare nu sunt încălcate, nu poate fi refuzată în interiorul normelor societare permisive. Reminiscențele societăților de persoane ridică totuși unele probleme. Chiar dacă pluralitatea de administratori este denumită consiliu, SRL cunoaște doar unanimitatea în deliberarea administratorilor (consiliului), respectiv dacă actul constitutiv dispune ca administratorii să lucreze împreună, decizia trebuie luată în unanimitate[2]. Contrar materiei societăților de capitalului, divergențele dintre administratori nu sunt tranșate prin vot, ci prin recursul direct la asociați. În general societățile, dominate de un asociat unic care este administrator sau controlează administratorii, ignoră formalismul unei asemenea reglementări.

363. Competențe. Competențele administratorilor sunt în primul rând cele generale, incidente tuturor societăților, respectiv îndeplinirea activităților din obiectul de activitate al societății precum și toate hotărârile luate de asociați. În privința SRL administratorii capătă și îndatoriri legale care țin de asigurarea funcționării cadrului societar. Administratorii sunt ținuți să convoace adunarea generală cel puțin o dată pe an, în vederea dezbaterii și aprobării situațiilor financiare precum și la cererea motivată, cuprinzând scopul convocării, a unui asociat sau un număr de asociați. Dincolo de aceste premise ce atrag obligativitatea convocării, administratorii pot convoca asociații

[1] Art. 197 LS, cu trimitere la art. 77.

[2] Art. 76 alin. (1) LS, aplicabil ca efect al normei de trimitere conținută în art. 197 alin. (3).

de oricâte ori consideră necesară confirmarea acțiunilor lor sau precizarea direcțiilor de dezvoltare a societății.

Tot ca o obligație legală, administratorii au obligația ținerii unui registru al asociaților, cu datele de identificare ale acestora și părțile sociale deținute. Deși acest registru nu reprezintă depozitarul situației asociaților și al părților sociale, precum la societățile de capitaluri, el are un rol în cesiunea părților sociale și poate fi consultat de asociați și creditori. Alte atribuții relevate de lege ale administratorilor se referă la depunea la registrul comerțului, în termen de 15 zile de la data adunării generale a situațiilor financiare anuale, în conformitate cu legea contabilității (art. 201 LS).

364. Limitări și interdicții. Cumulul calității de administrator la mai multe societăți cu personalitate juridică este strict reglementat de lege, fiind permis doar cu acordul adunării asociaților (art. 192 LS). Interdicția este de fapt o preluare din materia societății de persoane a *obligației de neconcurență* aplicabilă asociaților și transcrierea ei pentru administratorii SRL. Administratorii nu pot exercita, fără autorizarea adunării asociaților, un alt mandat de administrator în societăți concurente și nici nu pot efectua în nume propriu, sau în numele altui persoane aceeași activitate, sub sancțiunea revocării și răspunderii pentru daune. Prin comparație, asociaților unui SRL nu le mai incumbă o asemenea obligație de neconcurență.

Tot prin norme de trimitere la materia societăților de persoane legea rezolvă și pluralitatea de administratori și soluționarea diferendelor dintre ei care nu le permit să ia o decizie.

Secțiunea a 4-a. Cenzorii

365. Dispoziții speciale. În cazul societății cu răspundere limitată actul constitutiv poate prevede alegerea unuia sau mai multor cenzori de către adunarea asociaților. Dacă numărul asociaților trece de cincisprezece, numirea cenzorilor este obligatorie. Dispozițiile prevăzute pentru cenzorii societăților pe acțiuni sunt translatate în materia cenzorilor din societățile cu răspundere limitată [art. 199 alin. (4) LS]. Dispozițiile privind auditul financiar și auditul intern au oricum vocația aplicării la societățile cu răspundere limitată. Aceste dispoziții nu fac distincție în privința formei de societate, ci a cerințelor economice care atrag auditarea conturilor. Desemnarea cenzorilor se face prin actul constitutiv, iar ulterior, când această calitate încetează prin împlinirea mandatului sau revocare, aceștia sunt aleși de către adunarea generală ordinară [art. 194 lit. b) LS].

Secțiunea a 5-a. Părțile sociale

Subsecțiunea 1. Caracteristici și transmisibilitate

366. Caractere. Părțile sociale ale SRL nu pot avea natură hibridă, precum societatea însăși. Între calitatea de valori mobiliare și simple efecte juridice ale actului constitutiv legea societară a ales ultima variantă, proprie societăților de persoane. Părțile sociale, simple drepturi societare ale asociaților, nu pot fi reprezentate de titluri

negociabile[1]. Interdicția în privința emiterii de valori mobiliare este generală: SRL nu poate emite nici obligațiuni.

În acest mod părțile sociale nu au o existență de sine stătătoare, în afara actului constitutiv. În practică de altfel nu se emit nici certificate prin părțile sociale deținute pentru a nu crea confuzie în privința regimului transferului acestor înscrisuri. Legătura dintre asociați, fixată prin actul constitutiv, este cea care detaliază conținutul părților sociale. Cedarea lor către terți implică o substituire contractuală, o transmitere a drepturilor și obligațiilor statutare care se lovește de caracterul multilateral, *intuitu personae*, al contractului de societate. Societățile de persoane, ca regulă, păstrează regulile contractuale astfel încât cesiunea titlurilor reprezentative trebuie să recurgă la consimțământul tuturor părților. SRL aduce o atenuare acestui principiu, fără a-l abandona însă.

367. Cesiunea. Transferul părților sociale este cunoscut în mod tradițional ca *cesiune* și reprezintă un transfer, de obicei oneros, al drepturilor și obligațiilor contractuale. Cesiunea părților sociale semnifică modificarea actului constitutiv și nu poate oprea independent de acesta. Denumirea ar trebui să indice instituția Codului civil, *cedarea contractului* (art. 1315 C.civ.), nu cesiunea de creanță. Prin această cesiune cesionarul devine asociat pe când cedentul pierde calitate de acționar.

Reglementarea societară declară ca fiind nerestricționate transferurile între asociați, în baza relațiilor dintre aceștia de la încheierea actului constitutiv. De același tratament se bucură și transmiterea pe cale succesorală. Dacă actul constitutiv împiedecă această ultimă transmitere societatea este obligată la plata părților sociale către succesori, conform ultimului bilanț contabil aprobat[2]. Transferul către terți necesită însă aprobarea prin hotărâre a asociaților, adoptată cu minim trei pătrimi din capitalul social[3]. Deși majoritatea de adoptare este una calificată, în fapt cesiunea reprezintă o modificare de act constitutiv care cunoaște în general guvernarea principiului majorității (simple).

Actul de cesiune, aprobat prin hotărârea asociaților, este supus înregistrării în registrul asociaților ținut de societate și în registrul comerțului. Precum la toate societățile de persoane, depozitarul situației asociaților și al părților sociale este registrul comerțului, instituție care asigură publicitatea actului constitutive și a fișierului societății cu toate datele sale relevante.

Hotărârea adunării asociaților privind aprobarea cesiunii va fi dispusă în 15 zile de la adoptare la oficiul registrului comerțului pentru menționare și publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Legea societară instituie o procedură preliminară pentru transferul părților sociale, edictată în folosul creditorilor, în special a celor fiscali (A.N.A.F.).

Opoziția reglementată în cauză este conferită creditorii sociali și oricăror alte persoane prejudiciate prin hotărârea asociaților privitoare la transmiterea părților sociale și are ca obiect obligarea părții în culpă la repararea prejudiciului cauzat.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 248.

[2] Art. 202 alin. (3) LS.

[3] Dreptul francez impune dubla majoritate, în asociați și părți sociale în privința cesiunii acestora. Prezența lui aici, și în privința voinței societare este mai aproape de natura SRL (*Ph. Merle*, op. cit., p. 252-255).

Termenul de exercitare a acțiunii este de 30 de zile de la data publicării hotărârii asociaților sau a actului adițional modificator în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Opoziția se depune la oficiul registrului comerțului care o menționează în registru și o înaintează tribunalului pentru soluționare.

Reglementarea fiscală reinventează efectul suspensiv de drept al opoziției societare – abandonat în prezent, respectiv transmiterea părților sociale va opera, în lipsa unei opoziții, la data expirării termenului de 30 de zile pentru expirarea acestei căi procedurale sau, dacă a fost formulată o opoziție, la data hotărârii de respingere a acesteia. În acest mod nici menționarea în registru, nici publicitatea prin Monitorul Oficial nu au un efect translativ în privința transferului părților sociale, ci momentul legal al soluționării (sau expirării termenului de declarare) a contestației.

Legea societară declară că oficiul registrului comerțului transmite rapid, electronic, hotărârea de aprobare a cesiunii Agenției Naționale de Administrare Fiscala și direcțiilor generale ale finanțelor publice. În acest mod amânarea efectelor cesiunii ca și efectul puternic, unic, suspensiv de drept al opoziției este legiferat de fapt nu în favoarea terților, ci a creditorilor fiscali. Probabil că *cedarea firmelor*, de fapt cesionarea părților sociale ale societăților cu datorii fiscale, este o practică îngrijorătoare, dar acest regim fiscal apasă și mai mult asupra acestui tipar statutar.

Subsecțiunea a 2-a. Garanțiile reale purtând asupra părților sociale[1]

368. Introducere. Garanțiile contractuale având ca obiect titlurile reprezentative ale participării la capitalul societăților cu personalitate juridică își găsesc în prezent o reglementare în materia privilegiilor și garanțiilor reale, respectiv a ipotecii mobiliare[2]. Aceasta poate să aibă ca obiect *acțiuni si părți sociale, valori mobiliare și alte instrumente financiare*. Formularea legală este una criticabilă din start fiindcă induce ideea că acțiunile, valorile mobiliare, împreună cu părțile sociale sunt specii de instrumente financiare. În realitate această noțiune, în sensul pieței de capital[3], conține doar titluri negociabile și exclude părțile sociale.

Funcția titlurilor reprezentative în cauză, de garantare a obligațiilor, a fost recunoscută de la începutul reglementării societăților. Codul comercial, abrogat, sancționa și el posibilitatea și modalitatea constituirii garanțiilor – gaj la acea dată – asupra acestor titluri reprezentative[4].

Încă de la începuturile reglementării acestui tip de garanție reală legiuitorul a tratat împreună părțile sociale și acțiunile societăților, deși deosebirea dintre ele este

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Garanțiile reale purtând asupra părților sociale și acțiunilor societăților comerciale, în RDC nr. 5/2004.

[2] Codul civil, Titlul XI (*Privilegiile și garanțiile reale*), art. 2389 (*Obiectul ipotecii mobiliare*).

[3] Art. 2 din Legea nr. 297/2004.

[4] Art. 479 C.com., abrogat prin Legea nr. 99/1999. Gagiul – *transcrierea aparține Codului Comercial (s.n.), abrogat* – asupra acțiunilor, părților de interes și obligațiunilor nominative ale societăților financiare, industriale, comerciale sau civile, poate fi constituit prin un transfer înscris în registrele societății, cu arătarea „pentru cauză de garanție". La acea data societatea cu răspundere limitată nu era o structură societară cunoscută în dreptul intern.

de esență. Părțile sociale nu împart cu acțiunile poziția de specii de valori mobiliare, datorită lipsei caracterului de titluri negociabile.

Codul civil a preluat în materia ipotecilor mobiliare această tratare tradițională nedistinctivă, referindu-se la „acțiuni și părți sociale, valori mobiliare și alte instrumente financiare"[1]. Formularea legală sugerează deci o „aptitudine" generală a acestor titluri reprezentative ale participării la capitalul social al unei societăți cu personalitate juridică de a se constitui în obiect al ipotecii mobilare.

În realitate deosebirile dintre părțile sociale și acțiuni ca obiect al garanțiilor reale sunt unele de esență.

369. Reevaluarea calităților părților sociale. Părților sociale, proprii societăților cu răspundere limitată, nu li s-a recunoscut niciodată caracterul de titluri negociabile, în înțelesul comercial al termenului. Mai mult, orice certificat, înscris constatator în privința părților sociale deținute, nu poate avea o altă valoare decât aceea de legitimare a asociatului. Transferul unor asemenea înscrisuri constatatoare nu poate produce efecte juridice în privința transferului părților sociale, după cum nici o convenție particulară guvernată doar de voința părților nu poate produce un asemenea efect juridic.

Ne aflăm în fapt în fața diferenței de esență dintre societățile cu răspundere limitată și societățile pure de capitaluri. Aptitudinea de a emite titluri negociabile le este refuzată imperativ societăților cu răspundere limitată. Dacă ne imaginăm din nou creațiile societare indicate, limitativ, de legiuitor ca pe niște șabloane impuse voinței asociaților, atunci diferența de esență dintre cele două șabloane societare majore, societatea cu răspundere limitată și societatea pe acțiuni, este tocmai aptitudinea de a emite titluri negociabile. Denumirile generice ale acestor societăți nu reușesc să surprindă deosebirea de esență dintre ele. Ele pot fi doar de natură a induce în eroare atât timp cât ambele tipuri de societate sunt, din punctul de vedere al răspunderii asociaților pentru obligațiile sociale, societăți cu răspundere limitată (inclusiv societatea pe acțiuni)[2].

Din punct de vedere al incapacității de a emite titluri negociabile societățile cu răspundere limitată își trădează caracteristicile de societăți de persoane și ascendența contractuală, remanentă, în contrast cu societățile pure de capitaluri. Posesia de părți sociale nu reușește să depășească barierele puternice contractuale ce stau la baza societății cu personalitate juridică.

Transmiterea părților sociale, care reprezintă o modificare esențială a actului constitutiv, nu poate fi realizată doar prin voința asociatului care constituie ipoteca mobi-

---

[1] Art. 2389 C.civ.

[2] Această capcană este una proprie întregului drept de extracție romanică [de exemplu, *la societe anonyme (SA)* și *la societe a responsabilite limitee (SARL)* în dreptul francez și *die Aktiengesellschaft* și *die Gesellschaft mit beschrankter Haftung (GmbH)* în dreptul german]. Delimitările din dreptul anglo-saxon par din acest punct de vedere mai fericite, respectiv societatea cu răspundere limitată (*limited liability company*) acoperă ambele creații de drept romanic. Diferențierea apare după caracterul „public" sau „privat", după aptitudinea de a emite titluri negociabile (*public* respectiv *private limited liability company*). În mod natural dreptul european a apelat la ultimele denumiri acolo unde nu a redat expres tipurile de societăți ale statelor membre pe care înțelege să le reglementeze (de exemplu, Directiva 82/891/CEE a Consiliului, Regulamentul Consiliului nr. 2157/2001 etc.).

liară. Drepturile societare ale asociatului în societatea cu răspundere limitată sunt intim legate de calitatea de co-contractant în actul constitutiv al societății şi nu pot fi transmise decât odată cu modificarea actului constitutiv în condițiile legii.

Faptul că părțile sociale nu au o existență juridică complet autonomă, că nu incorporează drepturi desprinse de raportul juridic fundamental născut de actul constitutiv al societății, le face pe acestea *insesizabile* (neurmăribile) contractual, pe timpul duratei de funcționare a societății cu răspundere limitată. Se poate spune însă că acest caracter neurmăribil nu este unul absolut, legal, ci unul contractual, care derivă din specificul contractului de societate.

370. Ipoteca mobiliară. Rațiunea de a fi a unei ipoteci mobiliare este aceea de a asigura existența unui bun susceptibil de a fi executat silit sau apropiat de creditor în cazul în care obligația garantată nu este îndeplinită de bună voie de debitor, de asigurare a îndestulării creditorului prejudiciat de conduita culpabilă a debitorului său.

Din start această finalitate nu poate fi atinsă de părțile sociale ale unei societăți cu răspundere limitată pe timpul duratei de existență a societății. Caracterul insesizabil al părților sociale, şi al parților de interes de la societățile de persoane, pe durata de existență a societății respective, este prevăzut de legea societară.

Respectiv pe durata de existență a societății creditorii asociatului pot „să-şi exercite drepturile lor numai asupra părții din beneficiile cuvenite asociatului după bilanțul contabil, iar după dizolvarea societății, asupra părții ce i s-ar cuveni prin lichidare"[1]. Indirect textul citat consacră caracterul insesizabil al părților sociale[2]. Rămâne prevăzută o modalitate de executare asupra dividendelor şi părții cuvenite asociatului după lichidare. Aceste drepturi patrimoniale se nasc în patrimoniul debitorului ca drepturi derivate din calitatea de asociat, de posesor de părți sociale, şi sunt urmăribile separat de părțile sociale. Legea societară indică posibilitatea popririi acestor venituri chiar în lipsa constituirii vreunei ipoteci asupra părților sociale. Doar în cazul acțiunilor – cu titlu de excepție deci față de titlurile reprezentative ale participării la capitalul social al societăților în general – creditorul poate executa aceste titluri, respectiv le poate sechestra şi le poate vinde[3].

Caracterul de titluri negociabile al acțiunilor este cel care permite executarea lor directă, în contrapunere cu restul titlurilor reprezentative ale societăților cu

---

[1] Art. 66 alin. (1) LS.

[2] Art. 726 C.proc.civ. stabileşte bunurile neurmăribile. Posibilitatea derogării de la regulă „(...) în cazurile şi condițiile prevăzute de lege" se află şi în acest nou Cod de procedură. Doctrina a identificat anterior categoriile de bunuri care derogă de la caracterul general, urmăribil, sub reglementările anterioare, similare; a decelat între bunuri insesizabile datorită caracterului lor inalienabil (dreptul de uz si abitație, expres excluse transmise transmiterii conform Codului civil) şi bunuri neurmăribile în temeiul legii. A se vedea *S. Zilberstein, V.M. Ciobanu*, Drept procesual civil. Executarea silită, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1996, p. 208; *G. Boroi, D. Rădescu*, Codul de procedură civilă comentat şi adnotat, Ed. All, Bucureşti, 1994, p. 691.

[3] Art. 66 alin. (2) LS.

personalitate juridică. Soluția normativă este una tradițională, preluată din vechiul Cod comercial[1].

Reglementarea prezentă a eliminat însă părțile de interes din sfera de aplicare a garanțiilor reale, dând impresia că regimul acestora este diferit de cel al părților sociale.

371. Acomodarea dispozițiilor de drept comun și societar. Normele legale care reglementează ipotecile mobiliare având ca obiect părțile sociale și normele care reglementează natura juridică a acestora din dreptul societăților cu personalitate juridică sunt în conflict.

Respectiv materia garanțiilor tratează părțile sociale nediferențiat de acțiuni, sugerând faptul că se află total și necondiționat în interiorul ariei de aplicabilitate a ipotecii mobiliare pe când normele general aplicabile societăților sugerează un caracter *insesizabil* al acestora pe durata de funcționare a societății.

Conflictul sesizat nu poate fi subsumat relației normă generală/normă specială pentru a obține o tranșare rapidă în favoarea normelor speciale. A da satisfacție normelor proprii materiei garanțiilor înseamnă a aduce atingere principiilor de funcționare ale unui șablon societar și a încuraja eventual frauda la legea societară prin transferul părților sociale în afara regimului lor legal restrictiv. Acceptarea executării specifice a ipotecii mobiliare, prin valorificare sau apropiere de creditor, înseamnă a înfrânge normele speciale privind drepturile creditorilor asupra deținătorului de părți sociale și privind transmiterea părților sociale din legislația societară.

Declarate ca urmăribile, raportat la părțile sociale deținute de debitor, sunt doar drepturile patrimoniale eventuale ce decurg din calitatea de asociat a debitorului: dividendele stabilite conform bilanțului contabil și partea cuvenită subsecvent dizolvării și lichidării. Caracterul *intuitu personae* al actului constitutiv, propriu societăților de persoane, și caracterul contractual încă pronunțat al societăților cu răspundere limitată, împiedecă transferul liber al părților sociale și executarea garanției. Considerentele arătate împiedecă valorificarea garanției reprezentate de părțile sociale și atentează la îndeplinirea funcției principale a ipotecii.

Pe de altă parte satisfacția acordată normelor specifice ipotecii mobiliare încurajează frauda la lege. Acest lucru ar permite asociatului să uzeze de un mecanism care nu este propriu transmiterii părților sociale. Această cale a executării ipotecii ar putea fi folosită de asociat pentru transmiterea liberă a părților sociale, simulând o executare a ipotecii, cu înfrângerea normelor imperative din materie.

Transferul părților sociale este reglementat de legea comercială[2]. Transmiterea acestora către terți (persoane care nu au calitatea de asociat în societatea cu răspundere limitată) este permisă doar cu aprobarea asociaților reprezentând cel puțin trei pătrimi

---

[1] Normele din Codul comercial (art. 86) prevedeau: „Creditorii particulari ai asociatului nu pot, în timpul duratei societății, să-și exercite drepturile lor de cât numai asupra părții din beneficiile cuvenite asociatului după bilanțul social; iar dacă societatea este dizolvată, asupra părții ce i-ar veni din lichidare.

Cu toate acestea, ei pot sechestra orice parte, și, în societățile în comandită prin acțiuni și anonime, pot sechestra și chiar vinde părțile sau acțiunile debitorului lor".

[2] Art. 202 LS.

din capitalul social. Reglementarea acestui transfer, modificare de act constitutiv în fapt, face ca regimul său să fie unul imperativ.

Acceptarea expresă, legală, a părților sociale ca obiect al ipotecii mobiliare nu este de natură să înfrângă principiile de funcționare ale societăților și natura implicit insesizabilă a acestor titluri. Constituirea unei asemenea garanții reale prin acordul părților nu asigură creditorului, în mod general, executarea liberă a obiectului garanției.

Aceasta nu înseamnă că textul legal este în mod absolut lipsit de eficiență juridică. Atât doar că eficiența sa juridică este una particulară, nu generală, respectiv dependentă de voința unor terți asociați, co-contractanți ai debitorului în actul constitutiv al societății cu răspundere limitată.

372. Modalități de executare a ipotecii mobiliare purtând asupra părților sociale. Concilierea textelor legale din materia garanțiilor și legea societăților poate fi făcută aparent foarte simplu, respectiv creditorii își pot exercita drepturile contractuale derivând din contractul de ipotecă mobiliară exclusiv asupra valorilor reprezentate de dividende, așa cum au fost ele individualizate contabil, respectiv asupra părții cuvenite debitorului asociat după dizolvarea și lichidarea societății cu răspundere limitată.

În economia legislației garanțiilor, garanția reală poartă nu numai asupra obiectului inițial, ci și asupra produselor lui, produse care sunt legal definite dincolo de sensul clasic, subsumând „fructelor si productelor bunului mobil ipotecat, precum și asupra tuturor bunurilor primite de constituitor în urma unui act de administrare ori de dispoziție încheiat cu privire la bunul mobil ipotecat; se consideră, de asemenea, a fi un produs al bunului mobil ipotecat orice bun care îl înlocuiește sau în care trece valoarea acestuia"[1].

În cazul particular discutat dividendele și drepturile cuvenite în urma lichidării societății cu răspundere limitată se aliniază sferei largi a „produselor" părților sociale, în realitate a drepturilor patrimoniale aferente calității de asociat, așa cum au fost explicitate legal[2].

Codul civil întărește noțiunea de *ipotecă asupra părților sociale*, preocupat de condițiile de constituire a acesteia. Astfel, ipoteca asupra acțiunilor sau părților sociale ale unei societăți cu personalitate juridică se constituie potrivit regulilor stabilite prin lege societară (art. 2390 C.civ.). Calificarea societară a părților sociale ca bunuri relativ insesizabile intră în coliziune cu prevederile Codului civil care declară bunurile

---

[1] Art. 2392 C.civ.

[2] În privința dividendelor a fost înlăturată demult asimilarea acestora cu fructele civile aferente titlurilor reprezentative ale asociaților. Simpla posesie în timp a titlurilor respective nu este de natură a produce fructe atât sub aspectul pur virtual al dividendelor – simpla posesie a titlurilor nedublată de constatarea contabilă a profitului și mai ales de individualizarea dividendului, ca modalitate de repartizare a profitului, de către adunarea generală competentă nu produce fructe civile – cât și a neconcludenței duratei posesiei, respectiv asociații îndreptățiți la dividende sunt cei care au această calitate la data adunării (data de referință pentru societățile pe acțiuni și data de înregistrare pentru societățile tranzacționate pe o piață reglementată) care individualizează dividendul, indiferent de perioada anterioară cât au posedat titlul. În privința drepturilor cuvenite după lichidare acestea sunt mai mult decât produse, reprezintă mai degrabă o înlocuire a titlului cu drepturile de lichidare cuvenite.

inalienabile sau insesizabile ca fiind excluse din domeniul de aplicare al ipotecii (art. 2351 C.civ.). Dreptul comun oferă o nuanțare utilă în privința insesizabilității convenționale. Codul civil afirmă că ipotecarea bunurilor inalienabile sau insesizabile va fi valabilă ca ipoteca asupra unui bun viitor, în situațiile în care bunul în cauză este afectat de o inalienabilitate sau insesizabilitate convențională. Executarea ipotecii asupra părților sociale este subsumată unei condiții contractuale: acceptarea transmiterii părților sociale de majoritatea cerută de legea societară, sau transmiterea exclusiv către asociații existenți.

Concilierea legală încercată ştirbeşte însă funcțiile garanției reale. Pe de o parte atât dividendele cât şi partea cuvenită după lichidare sunt doar potențiale, afectate de o condiție societară (şi economică), nu actuale. Astfel de drepturi viitoare pot bineînțeles să fie obiect al garanției reale, dar legătura lor cu părțile sociale este doar una cauzală. În urma unei asemenea executări potențiale asociatul fie rămâne de drept titularul părților sale sociale, fie părțile sociale se sting, nu sunt transmise prin executare (lichidarea societății). Şi în privința transmiterii părților sociale prin executarea lor, ca efect al aprobării asociaților, funcțiile garanției sunt amenințate fiindcă sunt condiționate de aprobarea unor terți.

373. Remedii şi soluții legale. Alte remedii pentru exercitarea drepturilor contractuale ale creditorului garantat cu părți sociale pot fi căutate în retragerea din societate şi încetarea duratei societății cu răspundere limitată. Societatea simplă poate oferi soluții adecvate pentru executarea asupra părții asociatului. În primul rând Codul civil interzice transferul necondiționat al drepturilor sociale către terți, declarând că promisiunea făcută de un asociat de a ceda, vinde, garanta în orice fel sau de a renunța la drepturile sale sociale în favoarea unui terț îi conferă acestuia doar dreptul la daunele ce ar rezulta din neexecutare (art. 1909 C.civ.). Şi aceasta datorită faptului că transmiterea părților de interes către terți se face doar cu consimțământului tuturor asociaților (art. 1901 C.civ.). Specificul societății simple este că sancțiunea acestei interdicții este practic instituirea unui drept de preemțiune pentru asociați în privința transferului către terți. Adică orice asociat poate răscumpăra, substituindu-se în drepturile dobânditorului, părțile de interes dobândite cu titlu oneros de un terț fără consimțământul tuturor asociaților. În privința executării silite însă soluția este una expresă. Astfel, alături de punerea sub interdicție judecătorească, retragerea şi excluderea din societate, moartea sau încetarea personalității juridice şi falimentul, excluderea silită atrage pierderea calității de asociat (art. 1925 C.civ.). Această soluție este posibilă fiindcă societatea simplă se bazează de fapt pe un patrimoniu de afectațiune şi pe co-proprietatea pe cote părți a asociaților asupra acestor bunuri. În concluzie pierderea calității de asociat şi drepturile patrimoniale subsecvente acestui fapt reprezintă o formă, indirectă, de executare asupra părților din societate ale asociatului.

Societatea cu personalitate juridică nu are însă disponibilă o asemenea variantă, în lipsă de temei juridic special. Pentru a încasa drepturile aferente participării la capitalul social al unei societăți cu răspundere limitată nu este absolut necesar ca aceasta să înceteze, fiind suficient ca debitorul să-şi piardă calitatea de asociat, prin retragere precum şi excludere.

În ambele cazuri ipoteca mobiliară va continua să poarte asupra drepturilor cuvenite debitorului în urma încetării calității de asociat. Numai că retragerea din societate și excluderea nu sunt proceduri aflate la îndemâna creditorului garantat. Dreptul de retragere din societatea cu răspundere limitată este o facultate recunoscută doar debitorului asociat în sine care trebuie efectuată în condițiile legii și actului constitutiv (art. 226 LS). Cu excepția unor acte constitutive particulare – greu de imaginat – retragerea este o aptitudine ce ființează exclusiv în persoana asociatului care se poate finaliza prin acordul celorlalți asociați sau în urma unei proceduri judiciare sau cauze legale. Fiind o acțiune pur personală creditorul garantat nu va avea nici o cale de exercitare a acesteia în numele debitorului său (nici acțiunea oblică). Excluderea este o procedură pentru inițierea căreia creditorii asociatului nu au calitate. Și nici persoanele îndreptățite a o exercita nu au temei legal, atât timp cât excluderea din societate implică o faptă culpabilă redată normativ sau măcar o culpă contractuală, în interpretarea mai largă a ariei de incidență a excluderii din societate[1].

Doar expirarea duratei societății cu răspundere limitată mai poate da satisfacție creditorului garantat, respectiv acesta poate să obțină, pe calea opoziției împotriva hotărârii asociaților de prelungire a duratei societății, fie excluderea debitorului său din societate fie dizolvarea, la termen, a societății. În ambele cazuri obiectul garanției creditorului poate fi în sfârșit „materializat".

Situația prezentată este una particulară, când durata societății nu este nelimitată și, mai mult, este pe cale să expire. Personalitatea juridică, diferența de substanță dintre societatea simplă și societatea cu personalitate juridică asigură protecție asociatului. Executarea silită, pentru valorificarea ipotecii asupra părților sociale, nu este un motiv pentru excluderea din societate. *De lege ferenda* acest motiv de excludere, sau instituirea unui drept de preemțiune pentru asociați în cazul executării asupra părților sociale, ar fi cele mai simple soluții pentru coabitarea normelor din materia ipotecii mobiliare cu caracterul insesizabil al părților sociale instituit de legea societăților.

374. Concursul asociaților la executarea asupra părților sociale. Eficiența juridică a garanției poate fi asigurată cu concursul voinței celorlalți asociați ai societății cu răspundere limitată, respectiv constituirea garanției va trebui tratată de debitorul asociat și creditorul său ca un transfer al părților sociale, fiindcă în esență acesta este unul din efectele potențiale ale contractului de garanție (în alternativa neexecutării obligației garantate).

Urmând această cale, contractul de ipotecă mobiliară, asemănător contractului de cesiune de părți sociale, va trebui dublat de voința celorlalți asociați exprimată în condițiile legii. Acest mecanism funcționează în cazul individualizării persoanei pentru care asociații și-au dat acordul în privința transferului subsecvent garanției. Situația este posibilă atât timp cât materia ipotecii mobiliare permite, în condiții de notificare și acceptare de către debitor, preluarea bunului în contul creanței neacoperite către

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților si voința socială, op. cit., p. 228-232.

creditorul garantat[1]. O hotărâre generică, de transmitere a părților sociale către persoane din afara societății, este criticabilă, și atacabilă, față de caracterul *intuitu personae* al actului constitutiv al societăților cu răspundere limitată.

Mecanismul redat excede însă cadrul unui simplu contract de garanție reală mobiliară, fiind mai degrabă o construcție menită să salvgardeze efectele juridice ale acestei operațiuni. Căutarea, ulterioară începerii executării garanției, a acordului asociaților pentru constituirea transferului părților sociale de la debitorul executat la terțul adjudecatar alunecă din nou în particular și aduce atingere siguranței garanției. Subliniem că este vorba de o constituire, nu o confirmare, fiindcă simpla executare formală a obiectului ipotecii nu poate atribui terțului adjudecatar calitatea de posesor al părților sociale, de asociat la societatea cu răspundere limitată. Situația adjudecatarului asociat al societății cu răspundere limitată, al cărei asociat este și debitorul, este una privilegiată. În acest caz, prin excepție, transferul părților sociale între asociații aceleiași societăți este unul liber. Situația este particulară prin calitatea de asociat deținută de adjudecatar [art. 202 alin. (1) LS].

375. Cerințe de perfectare a ipotecii mobiliare. Din punctul de vedere al publicității ipotecii mobiliare în scopul conservării de către creditor a dreptului său de preferință, specific garanțiilor reale, izvorul normativ cuprinde dispoziții generale și speciale[2]. Ca regulă acțiunile și părțile sociale vor fi supuse înscrierii avizului de garanție la Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare în vederea *conservării ordinii de preferință* și *perfectării ipotecii*. Situația este reglementată și de legea societăților, respectiv garanția se înregistrează în registrul acționarilor/asociaților societății[3]. În privința acțiunilor înregistrarea ipotecii are un efect constitutiv. În privința părților sociale însă, cu un regim special al transferului, o astfel de înregistrare privește doar opozabilitatea.

Acțiunile îndeplinesc cu succes și funcția de garanție a obligațiilor juridice, în special în situația valorilor mobiliare tranzacționate pe o piață reglementată, unde valorificarea garanției în caz de culpă a debitorului este facilă. Părțile sociale însă nu pot satisface în totalitate și în general funcțiile unei ipoteci mobiliare, datorită caracterului lor insesizabil. Executarea în privința acestora este doar mediată, prin intermediul drepturilor patrimoniale ce se pot naște din această calitate, sau condiționată de concursul terților co-asociați ai debitorului.

Secțiunea a 6-a. Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic

376. Generalități. Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic are cea mai mică reflectare normativă din legea societară. Această poziție este nedreaptă față de succesul acestei forme societare în viața comercială. *De lege ferenda* acest șablon societar are nevoie de o tratare independentă și separată. SRL unipersonală nu este o

---

[1] Art. 2460 și urm. C.civ. privind preluarea bunului ipotecat în contul creanței. Codul civil prevede însă ca consimțământul constituitorului la preluarea bunului de către creditor în contul creanței trebuie să fie exprimat în scris și să fie ulterior neexecutării.

[2] Art. 2409 și urm. C.civ. (*Perfectarea ipotecii*).

[3] Art. 99[1] LS.

simplă specie de SRL. În realitate acesta este un şablon societar distinct, o creaţie societară de largă recunoaştere în activitatea economică. Modificările ar trebui să înceapă de la denumire. Această de societate nu este o societate în sensul în care nu este bazată pe un contract de societate[1]. Mai ales în forma prezentă conceptualizată de Codul civil putem vorbi de un profesionist, având personalitate juridică, organizat sub forma unei întreprinderi individuale cu răspundere limitată.

Din punct de vedere istoric SRL unipersonală a răspuns unei solicitări economice răspicate: posibilitatea reclamată de micii întreprinzători de a se bucura de un stat mai favorabil conferit de răspunderea limitată acordată pentru activitatea lor.

Întreprinderile individuale clasice asigură doar un patrimoniu de afectaţiune care nu limitează răspunderea aferentă activităţii economice în faţa terţilor. Personalitatea juridică semnifică independenţă patrimonială, separarea totală a bunurilor afectate întreprinderii de bunurile din patrimoniul propriu.

377. Efectul asupra dreptului societar. Doctrina a apreciat că acest tip societar bulversează dreptul societar şi impune rescrierea principiilor lui[2]. Existenţa unei societăţi în afara acordului de voinţă, a condiţiei minime contractuale a celor două părţi, a afectat iremediabil principiul clasic contractual al societăţilor cu personalitate juridică. *Teoria instituţiei* societare a profitat de această dificultate contractuală şi a încercat să se afirme ca unică fundamentare a bazelor societare. Practic societatea poate fi creată prin contract de societate sau *instituită* prin acordul unilateral de voinţă al asociatului unic.

SRL cu asociat unic a zdruncinat şi *teoria realităţii persoanei juridice* care afirmă existenţa unui grup de persoane ca realitate şi esenţă a personalităţii juridice. Această societate a reactivat *teoria ficţiunii*, a faptului că personalitatea juridică este o pură invenţie tehnică, juridică.

În faţa acestei societăţi principii precum echilibrul drepturilor asociaţilor, puterile administratorilor sau egalitatea asociaţilor sunt lipsite de conţinut[3]. Nici *affectio societatis*, atât de drag materiei societare nu mai are sens.

378. Avantaje şi dezavantaje. Dincolo de simplitatea evidentă a societăţii, SRL unipersonală se bucură de un control şi suplеţe absolută în activitate. Practic identitatea între voinţa asociatului şi voinţa socială înlătură orice disfuncţionalităţi în evoluţia firmei. În afara naturilor schizofrenice conflictul între asociat şi societate este exclus. Complicaţiile care ţin de adunările asociaţilor precum şi administraţie sau cenzori sunt înlăturate de această societate. Fără a fi imposibilă, desemnarea altui administrator decât asociatul sau nominalizarea unui cenzor nu sunt uzuale pentru astfel de societăţi.

Dezavantajele societăţii ţin de aceeaşi lipsă de credibilitate în faţa creditorilor care determină solicitarea garanţiei personale a asociatului unic, fapt care anulează beneficiile răspunderii limitate a asociatului unic.

Relaţia dintre patrimoniul societăţii şi patrimoniul individual al asociatului a cunoscut poziţionări diferite. În forma veche a legii societare[4] se prevedea că

---

[1] Abordarea normativă franceză, *entreprise unipersonelle a responsabilite limitee* (EURL), este una mai aproape de realitatea construcţiei normative.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 267.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 268.

[4] Art. 236 LS, abrogat prin pct. 158 din Legea nr. 441/2006 începând cu 1.12.2006.

dizolvarea unei societăți cu răspundere limitată cu asociat unic atrage transmiterea universală a patrimoniului societății către asociatul unic, fără lichidare. O astfel de prevedere anula în mare parte beneficiul răspunderii limitate conferite de lege. Contopirea nediferențiată a patrimoniilor distincte atrăgea practic o răspundere nelimitată a asociatului unic. Regimul extrem de dezavantajos a fost înlăturat normativ, dar pericolul suportării judiciare a pasivului societății de către asociatul unic într-o procedură de insolvență este unul manifest. Avantajul concentrării tuturor atributelor societare în persoana asociatului unic devine dezavantaj în situația stabilirii unor culpe în atingerea stării de insolvență de către firmă.

379. Reglementări proprii. Normele SRL unipersonale sunt restrânse prin aplicarea implicită a regimului SRL, *mutatis mutandis*, la această societate.

Asimilarea făcută de legiuitor este edificatoare: dacă într-un SRL părțile sociale sunt ale unei singure persoane, respectiv aceasta are calitate de asociat unic, atunci drepturile si obligațiile reglementate pentru adunarea generală a asociaților, ca și exercitarea atribuțiilor acesteia, se referă la acest asociat unic[1]. În același stil, dacă asociatul unic este administrator, atunci îi revin și obligațiile prevăzute de lege pentru această calitate (art. 13 LS). De o reglementare mai atentă se bucură interdicția multiplicării patrimoniului personal într-un număr mare de astfel de societăți, respectiv înființarea mai multor SRL unipersonale de același asociat unic. Beneficiul înființării SRL unipersonal este conferit de lege o singură data persoanei fizice sau juridice. Astfel, o persoană fizică sau o persoană juridică nu poate fi asociat unic decât într-o singură societate de tip SRL, iar un SRL unipersonal nu poate avea ca asociat unic un alt SRL unipersonal (art. 14 LS). Această interdicție este prevăzută sub sancțiunea dizolvării judiciare la cererea Ministerului Finanțelor Publice sau a oricărei persoane interesate.

Din punctul de vedere al raporturilor juridice dintre societate și asociat legea impune, pentru prevenirea fraudei, ca contractele să se încheie în forma scrisă, sub sancțiunea nulității absolute, hotărârile cu valoare societară să fie fixate imediat în scris, iar valoarea unui eventual aport în natură transferat societății trebuie stabilită printr-o evaluare independentă.

Asociatul unic poate beneficia și de avantajele unui contract de muncă, respectiv, în declarația legii, acesta poate avea calitatea de salariat al societății cu răspundere limitată al cărui asociat unic este. Este o situație inedită și juridic și fiscal. Legea nu face distincție după cum asociatul unic este și administrator, așa că acesta poate fi salariat, administrator și asociat unic. Eventual și director general, preferabil nu cu toate calitățile trecute pe aceeași carte de vizită. Din punct de vedere fiscal ambiția de a fi salariat este foarte costisitoare pentru asociatul unic care trebuie să suporte la nivel de societate contribuțiile datorate de angajator, iar la nivel de salariat contribuțiile proprii. Și totul pentru privilegiul de a beneficia de prestațiile sistemului public de sănătate și ale sistemului public de pensii.

[1] Art. 199[1] LS.

Capitolul V
Societatea pe acțiuni

380. Prolegomene la societățile de capitaluri. Societatea pe acțiuni, SA, reprezentativă pentru societățile de capitaluri, se bucură de o atenție normativă disproporționat de mare, față de restul formelor societare. Deşi această societate reprezintă cca 2% dintre societățile înființate în Romania (SRL reprezentând cca 95%) legea societăților îi rezervă o reglementare exhaustivă din perspectiva tuturor funcțiilor societare: adunările generale, administrația şi controlul societar. Dacă numărul de societăți pe acțiuni nu impresionează, volumul activităților economice derulate prin aceste societăți dă măsura importanței lor. SA este forma special proiectată pentru activități de anvergură, pentru marile aglomerări de capital şi subsecvent, de acționari, salariați, terți contractori etc. Doctrina denunță SA ca „instrumentul minunat al capitalismului modern"[1]. Aglomerările umane, materiale şi logistice presupuse de un SA reclamă o reglementare atentă pentru fixarea unor comportamente recomandate, pentru acomodarea unui număr mare de drepturi, interese şi conflicte potențiale.

Reglementarea română a SA a devenit din ce în ce mai stufoasă odată cu adoptarea unor principii de guvernanță corporativă, şi mai ales, odată cu incidența directivelor europene. Ca principal actor concurențial al pieții interne europene, societate pe acțiuni este o țintă importantă a legislației derivate europene. Aşa a trebuit să adopte legislația română regimul de administrare dualist, regulile privind divizările şi fuziunile, inclusiv fuziunile transfrontaliere, cadrul general de aplicare şi implementare pentru societatea europeană (SE) etc. Tot acest adaos a dublat practic reglementarea societății pe acțiuni. Tot această societate cunoaşte şi normele speciale privind tranzacționarea pe o piață reglementată, instituții create exclusiv pentru societățile pe acțiuni, precum şi delimitările speciale din diverse domenii de activitate economică care nu acceptă altă formă de organizare decât societatea pe acțiuni.

Chiar şi în această situație SA de drept român este mai degrabă o formă tradițională de drept societar care nu a asimilat subspecii noi[2]. Baza reglementării este în mare parte comună vechiului Cod comercial, abrogat, astfel încât doctrina se poate baza pe multe dintre formulările şi soluțiile antebelice.

381. Democrația societară. Societățile de capitaluri sunt în primul rând organisme sociale care de la un număr de acționari în sus se comportă ca nişte veritabile sisteme sociale, ca nişte societăți umane la scară mai mică care copie tendințele şi dezvoltarea societății umane generale. Societățile de persoane, strâns legate de contractul părților, suportă influențele autocratice date de dominarea eventuală a unui asociat cu forță mai

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 287. Autorul îl citează pe profesorul Georges Ripert.

[2] Dreptul societar francez, de exemplu, cunoaşte o seamă de experimente şi dezvoltări de succes derivate din societatea pe acțiuni: societatea pe acțiuni simplificată (SAS) şi chiar societatea pe acțiuni unipersonală (SASU). A se vedea *Ph. Merle*, op. cit., p. 740-757.

mare de decizie. În privința marilor societăți de capitaluri nevoia de limitare a abuzului (și de majoritate și de minoritate) acționarilor devine un comandament. Difuzarea regulilor sociale democratice în rândul populației acționare este însă un proces destul de sinuos. Societatea are un organ deliberativ reprezentativ, un organ de gestiune și un organ de control, construcții care pot fi asimilate instituțiilor juridice și politice constituționale. Totuși *principiile democratice* aderă mult mai greu la viața societară decât în viața socială. Tendința de hegemonie, de control societar, este mult mai puțin blamată în zona societară decât în zona socială. Legea societară și actul constitutiv, adevărată constituție societară, se străduiesc să asigure societăților fundamentele unor relații bazate pe comandamente juridice care să înlăture arbitrariul și urmărirea cu obstinație și fără scrupule doar a interesului propriu. Realitatea societară este însă diferită. Iar reflecțiile doctrinei tind spre considerarea *democrației societare* ca fiind total fictivă[1]. Micile societăți anonime, bazate pe existența unui acționar dominant sunt total autocrate, iar marile societăți de capitaluri, societățile bursiere, se bazează mai mult pe acționari de circumstanță care nu sunt interesați de viața socială, ci de obținerea de profit cât mai rapid ca urmare a fluctuațiilor bursiere, neavând nici măcar conștiința de acționar. Ei sunt investitori oportuniști, în căutate de noi societăți care să aducă profit rapid din instrumente financiare. Modificările normative europene și conceptul de *guvernanță corporativă* tind la modernizarea societară, dar acest concept este în esență tot o abordarea investițională, un efort de uniformizare a societăților naționale pentru a nu suprasolicita investitorii cu acomodarea la modele și practici diferite.

Secțiunea 1. Acțiunile

382. Natura juridică. Legea societăților reglementează acțiunile fără o privire generală către genul proxim, *valorile mobiliare*, și fără referire la materia comercială a titlurilor de valoare. Lipsa unui viziuni de ansamblu face ca acțiunile și obligațiunile, speciile clasice de valori mobiliare, să fie tratate în mod distinct și fără referințe comune.

Societățile de capitaluri au ca trăsătură caracteristică, ca ține de esența acestor societăți, capacitatea de a emite titluri negociabile, valori mobiliare, specie a titlurilor (comerciale) de credit. Conform teoriei comerciale titlurile de credit implică înscrisuri în temeiul cărora posesorul legitim este îndreptățit să exercite, la o dată determinată, drepturile arătate și incorporate în înscris[2]. Posesia legitimă a titlului garantează titularului dreptul înscris pe titlu, de aceea se afirmă că titlul „încorporează" drepturi și facilitează transmiterea simplificată a acestor drepturi prin metodele speciale de transmitere a titlului.

Dezvoltarea valorilor mobiliare a răsturnat percepțiile clasice ale valorilor patrimoniale, în detrimentul bunurilor imobiliare[3]. Compoziția patrimoniilor individuale apelează din ce în ce mai des la portofolii de valori mobiliare, eventual la forme profesionale de administrare a unor asemenea valori.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 282.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 602.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 307.

Valorile mobiliare emise de societățile anonime cunosc două specii proeminente: *acțiunile*, reprezentând titluri ale acționarilor și *obligațiunile*, reprezentând titlurile creditorilor sociali. Distincția nu este una chiar atât de tranșantă cum se prezintă la prima observare. Dezvoltarea obligațiunilor ca valori mobiliare a adus și obligațiunile convertibile în acțiuni, cu diferite forme de convertire, astfel încât separația acțiuni/obligațiuni nu este una absolută, cele două specii de valori mobiliare putându-se întâlni în creații complexe de valori mobiliare.

Calitatea de valori mobiliare a acțiunilor emise de societățile de capitaluri le asigură acestora o transmisibilitate simplificată, în condiții speciale față de părțile de interes sau părțile sociale. Succesul incontestabil al societății de capitaluri stă tocmai în transmisibilitatea liberă (ca regulă) a titlurilor acționarilor, în desprinderea lor de regulile contractuale care obligă la constrângeri impuse de voința celorlalți asociați. Această inovație subminează caracterul contractual al societății și situează societatea pe acțiuni la distanța cea mai mare față de societatea simplă, prototipul societar, în concepția Codului civil. Tocmai desprinderea de raportul juridic fundamental, contractul de societate, asigură acțiunii accederea către clasa nouă, a valorilor mobiliare. Chiar dacă desprinderea nu este una definitivă, actul constitutiv având vocația de a limita libera transferabilitate a acțiunii, regula este fixată ferm și societatea pe acțiuni funcționează pe baza regimului de valori mobiliare al acțiunilor. În consecința acestui regim persoana acționarilor, acționariatul unei societăți pe acțiuni, nu mai constituie elemente esențiale ale contractului de societate supuse obligației de publicitate clasică, prin oficiul registrului comerțului. Raportarea și înregistrarea conștiincioasă în registrul comerțului a fiecărui transfer al acțiunilor ar impieta asupra funcționării societății și ar mutila valorile mobiliare de un avantaj esențial, ușurința transferului. Din această cauză atât acționarii cât și terții trebuie să conștientizeze consecințele caracterului de valori mobiliare al acțiunilor, transferabilitatea lor continuă și nelimitată și regimul propriu de înregistrare (*registrul acționarilor* în forma ținută de societate sau de către o societate de registru independent). Fișierul societății, făcut public prin intermediul publicității clasice a registrului comerțului, nu este instrument util pentru informarea în privința situației acțiunilor și a acționarilor societății.

383. Instrumentele financiare. Capacitatea acțiunilor de a fi transferate în mod simplu și independent de părțile actelor constitutive particulare a fost intens valorificată de dezvoltările financiare moderne. De la modalitățile ad-hoc, neorganizate, de tranzacționare a acțiunilor s-a trecut rapid la forme organizate, la un adevărat comerț organizat cu valori mobiliare. *Operatori independenți* s-au specializat în intermedierea valorilor mobiliare, vânzând și cumpărând în nume propriu și speculativ intens aceste efecte de comerț. Formele evoluate de piețe reglementate au ajuns la fixarea proprie a unor reguli, a unor mecanisme complete, organizate și regulate, de punere în contact a intereselor de vânzare și cumpărare de valori mobiliare. Un astfel de avânt a necesitat și reglementarea atentă a acestui comerț, normativă și administrativ-normativă, pentru garantarea transparenței și a drepturilor părților participante. *Sistemele alternative de tranzacționare* și *bursele de valori* (piețele reglementate) reprezintă formele evoluate de asigurare a unui cadru transparent și regulat pentru vânzarea și cumpărarea valorilor mobiliare admise la tranzacționare. Cererea mare de instrumente cât mai diversificate

pentru tranzacționare din partea investitorilor a produs o sofisticare greu de imaginat a produselor financiare oferite la tranzacționare.

Noțiunea de bază a dreptului pieței de capital a devenit cea de *instrumente financiare*[1], un gen care înglobează și valorile mobiliare, un gen deschis mereu îmbogățirii cu specii noi create în special de intermediari pentru tranzacționarea pe piețe reglementate. Legea pieței de capital delimitează această noțiune doar în mod deschis, cazuistic, prin speciile proeminente existente în prezent. Acestea sunt reprezentate de valorile mobiliare clasice, titluri de participare la organismele de plasament colectiv, instrumentele financiare derivate cu toate subvariantele lor și anumite instrumente ale pieței monetare[2].

Existența și definiția valorilor mobiliare și a acțiunilor în dreptul pieței de capital este realizată însă pentru uzul acestei ramuri de drept, în sens restrictiv. Aceste definiții nu epuizează noțiunile fiindcă dincolo emitenții ale căror acțiuni se tranzacționează pe o piață reglementată există și restul societăților pe acțiuni care folosesc, dincolo de sfera reglementată și supravegheată administrativ a pieței de capital, aceleași noțiuni. Astfel, piața de capital definește valorile mobiliare tot cazuistic, ca fiind acțiuni emise de societăți și alte valori mobiliare echivalente ale acestora, negociate pe piața de capital, obligațiuni si alte titluri de creanță, inclusiv titlurile de stat cu scadență mai mare de 12 luni, negociabile pe piața de capital precum și orice alte titluri negociate în

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 23-32.

[2] Art. 2 alin. (1) pct. 11 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital. Instrumentele financiare înseamnă: valori mobiliare; instrumente ale pieței monetare; titluri de participare la organismele de plasament colectiv; opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și pe curs de schimb valutar și orice alte contracte derivate în legătură cu valori mobiliare, valute, rate ale dobânzii ori alte instrumente derivate, indici financiari sau indicatori financiari, care pot fi decontate fizic ori în fonduri bănești; opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri care trebuie decontate fizic sau pot fi decontate în fonduri bănești la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere); opțiuni, contracte futures, swap-uri și alte contracte derivate în legătură cu mărfuri și care pot fi decontate fizic, cu condiția să fie tranzacționate pe o piață reglementată și/sau în cadrul unui sistem alternativ de tranzacționare; opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward și orice alte contracte derivate în legătură cu mărfuri, care pot fi decontate fizic, neincluse anterior și neavând scopuri comerciale, care au caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținându-se seama, printre altele, dacă sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau sunt subiect al apelurilor în marjă în mod regulat; instrumente derivate pentru transferul riscului de credit; contracte financiare pentru diferențe; opțiuni, contracte futures, swap-uri, contracte forward pe rata dobânzii și pe curs de schimb valutar și orice alte contracte derivate în legătură cu variabile climatice, navlu, aprobări pentru emisii de substanțe sau rate ale inflației ori alți indicatori economici oficiali, care trebuie decontate în fonduri bănești sau pot fi astfel decontate la cererea uneia dintre părți (altfel decât în caz de neplată sau de alt incident care conduce la reziliere), precum și orice alte contracte derivate în legătură cu active, drepturi, obligații, indici sau indicatori, neincluse în prezenta definiție, care prezintă caracteristicile altor instrumente financiare derivate, ținându-se seama, printre altele, dacă sunt tranzacționate pe o piață reglementată sau în cadrul sistemelor alternative de tranzacționare și sunt compensate și decontate prin intermediul unor case de compensare recunoscute sau fac obiectul unor apeluri în marjă în mod regulat; alte instrumente financiare calificate ca atare conform legislației europene.

mod obişnuit, care dau dreptul de a achiziționa respectivele valori mobiliare prin subscriere sau schimb, dând loc la o decontare în bani, cu excepția instrumentelor de plată[1]. Referirea continuă la piața de capital relevă specializarea noțiunii pentru dreptul pieței de capital, de natură la îngusteze generalitatea noțiunii. Acțiunile şi valorile mobiliare nu îşi pierd esența odată cu depăşirea cadrului normativ al pieței de capital, fiind viabile şi în dreptul comun al societăților pe acțiuni.

384. Caracterele acțiunilor. Termenul de *acțiune* desemnează atât drepturile asociatului într-o societate de capital (societate pe acțiuni, societate în comandită pe acțiuni) cât şi titlul negociabil care reprezintă aceste drepturi, care poate fi materializat într-un înscris sau evidențiat prin înscriere în conturi. Cu referire la genul proxim dezvoltat anterior, acțiunea este o valoare mobiliară ce reprezintă o cotă-parte din capitalul social al unei societăți pe acțiuni[2]. Aceasta este şi accepțiunea comună oferită de legea societăților, respectiv acțiunile emise de societate reprezintă diviziunile capitalului social (art. 91 LS), în mod obligatoriu de valoare egală, care legitimează calitatea asociaților şi oferă măsura aporturilor sociale. Definirea acțiunii ca o fracțiune din capitalul social nu trebuie înțeleasă însă ca dând un drept de creanță asupra patrimoniului social, sau a capitalului social, care este doar o ficțiune contabilă. Acțiunea rămâne un *titlu de credit*, imperfect, care conferă posesorului drepturi patrimoniale şi nepatrimoniale în condițiile legii şi ale actului de emisiune (actul constitutiv) al societății[3].

Din punct de vedere juridic acțiunile sunt *bunuri mobile fungibile*, datorită egalității în cadrul aceleiaşi clase, *corporale sau incorporale* după cum ele sunt constatate sau nu printr-un înscris[4]. În doctrină se afirmă uneori caracterul incorporal general al acțiunii fiindcă acțiunile materializate au doar un rol constatator (şi constitutiv în privința drepturilor incorporate), fără a reprezenta substanța în sine a bunului şi drepturilor.

Egalitatea acțiunilor este percepută ca o caracteristică esențială a acțiunii[5]. Această calitate este recunoscută în interiorul aceleiaşi clase de acțiuni şi nu are o valoare absolută. În condițiile actului constitutiv sunt posibile derogări limitate de la acest principiu (limitările drepturilor de vot etc.). Egalitatea se referă atât la valoarea acțiunii, de o valoare egală, cât şi la drepturile conferite acționarilor (art. 94 LS).

Indivizibilitatea acțiunilor este fixată şi ea normativ. Ca titluri reprezentative ale drepturilor sociale acestea nu pot fi divizate între mai multe persoane. Exercitarea

---

[1] Art. 2 alin. (1) pct. 33 din Legea nr. 297/2004.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 326. În privința încadrării exacte a acțiunilor în doctrina clasică a valorilor mobiliare au fost exprimate de timpuriu rezerve, respectiv acțiunile nu îndeplinesc caracterele *autonomiei* şi *literalității* recunoscute valorilor mobiliare. Astfel, drepturile acționarului nu sunt determinate complet de titlu, ci trebuie raportate la conținutul actului constitutiv şi la voința socială ulterioară. Acestea sunt mai degrabă drepturi corporative, supuse voinței societății şi modificărilor actului constitutiv. Acțiunea nu este un titlu de credit perfect, ci mai degrabă un *titlu corporativ*, societar sau de participațiune. A se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 487.

[3] *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 29.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 310.

[5] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 482.

drepturilor aferente acțiunii trebuie realizată în mod unitar și indubitabil. Astfel, dacă o acțiune nominativa devine proprietatea mai multor persoane prin cumpărare, aceștia sunt ținuți să-și desemneze un reprezentant unic pentru exercitarea drepturilor rezultând din acțiune înainte de înregistrarea transmiterii acțiunii. Principiul este aplicabil și în timpul deținerii acțiunii. Față de societate exercitarea drepturilor se realizează strict prin reprezentant (art. 102 LS), raporturile dintre coproprietari fiind indiferente pentru societate. Singura reglementare pentru toți proprietarii privește vărsămintele datorate, pentru care este instituită răspunderea solidară față de societate.

Transferabilitatea liberă a acțiunilor este de esența acestor titluri[1]. Aceasta derivă din caracterul de *titlu negociabil*. Înțelesul este unul comercial, fiindcă nu implică negocierea prețului (lucru perfect admisibil și pentru părțile sociale sau părțile de interes), ci autonomia față de raportul juridic fundamental, față de părțile actului constitutiv. Nici această caracteristică nu este una absolută, putând fi îngrădită prin prevederi statutare. Doar societățile admise la tranzacționare se bucură de o transferabilitate absolută, cerință impusă chiar ca o condiție imperativă pentru admiterea la tranzacționare[2]. Aceasta este bariera legală care împiedecă societățile de persoane de la listarea la cota burselor de valori, dar și societățile pe acțiuni care au condiții statutare de limitare a caracterului liber negociabil al acțiunilor.

385. Valoarea acțiunilor. Valoarea acțiunilor are reflectări diferite în funcție de finalitatea exprimării. Astfel, *valoarea nominală* reprezintă o rezultantă valorică a împărțirii matematice a capitalului social la numărul de acțiuni emise de societate și atribuite acționarilor în schimbul aporturilor lor. Din punct de vedere economic noțiunea își pierde rapid relevanța fiindcă nu poate oglindi evoluția patrimonială a societății în cursul funcționării acesteia. Valoarea nominală este supusă unor limitări normative, fiind de minim 0,1 lei (art. 93 LS) și va rămâne o valoare de referință pentru alte exprimări valorice ale acțiunii. *Valoarea de emisiune* este valoarea la care vor fi oferite acțiunile emise de societate în viitor, subsecvent unei majorări a capitalului social, a unei emisiuni/oferte primare de acțiuni. Deși acțiunile sunt titluri negociabile și nu conțin limitări în privința prețului de tranzacționare, în mod excepțional valoarea de emisiune nu poate fi mai mică decât valoarea nominală (art. 92 LS). O asemenea normă are rol de protecție pentru integritatea patrimonială a societății. Subsecvent emisiunii (piața secundară a acțiunilor) acestea pot fi transferate în mod liber și la o valoarea sub valoarea nominală. Diferența dintre valoarea de emisiune și valoarea nominală se numește *primă de emisiune,* noțiune cu reflectare normativă și doctrinară veche. În principiu prima de emisiune este stabilită în mod liber de către adunarea generală odată cu aprobarea unei operațiuni de majorare de capital social, fiind un adevărat „preț de intrare" în societate. Asupra folosirii acestui mecanism a existat un vechi conflict între acționari. Majorările de capital social conțin noma de protecție a dreptului de preferință pentru protecția acționarilor împotriva diluării participării lor, consecvent unei majorări de capital social. Acest mecanism este un drept, nu o obligație, și neutilizarea lui de către acționari nu trebuie să fie de natură să prejudicieze

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 494.
[2] Art. 215 din Legea nr. 297/2004.

acționarii care nu vor să-l exercite, prin alegerea lor sau pur și simplu prin imposibilitatea disponibilizării unor fonduri proprii pentru participarea la majorarea capitalului social. Majorările masive de capital social efectuate prin vot majoritar, la valoarea nominală, sunt de natură să dilueze în mod neechitabil participările celorlalți acționari atunci când valoarea reală a acțiunii este mult mai mare ca valoarea nominală. Remediile pentru asemenea practici neechitabile sunt greu de fundamentat în normele societare, singura soluție fiind reîntoarcerea la principiile contractuale generale, la prevederile subînțelese de echitate contractuală[1]. Caracterul ilicit al unor asemenea practici a fost sesizat și sancționat în unele cazuri de legiuitor, în dreptul pieței de capital, prin instituirea unei prime de emisiune obligatorii[2].

Valoarea intrinsecă (contabilă) este o expresie contabilă care ține evaluarea patrimonială a societății. Ea reprezintă raportarea activului net social la numărul de acțiuni. Cel puțin teoretic o astfel de valoare este expresia valorii patrimoniale reale a societății. În realitate ea urmărește o exprimare patrimonială contabilă care la rândul ei poate fi mai mult sau mai puțin corectă în funcție de acuratețea înregistrărilor contabile. Chiar și așa ea este cel mult o fotografie depășită de realitate fiindcă activul net se bazează pe situații contabile cu periodicitate mare (în principiu anuale).

Valoarea bursieră, pentru societățile tranzacționate pe piețe reglementate, este o valoare de piață, un echilibru realizat între cererea și oferta respectivelor instrumente financiare. Această valoare nu este una neapărat corelată cu valoarea contabilă, cum am părea rezonabil, cât timp ea include și trendurile pieței, așteptările viitoare ale investitorilor. Valoarea bursieră este importantă fiindcă constituie un reper, o cotație pentru tranzacțiile viitoare.

Valoarea de lichidare ar trebui să corespundă valorii intrinseci, contabile. Însă ea va fi diminuată de factori obiectivi (remunerația lichidatorilor, cheltuielile de vânzare etc.), dar și de factori subiectivi care țin de presiunea lichidării, de vânzarea în grabă.

Subsecțiunea 1. Tipuri de acțiuni

386. Introducere. Principala distincție între acțiuni ține de identificarea sau nu a titularului acțiunii și introduce *acțiunile nominative* sau *la purtător*. O astfel de distincție este importantă pentru determinarea modului de transmitere valabilă a dreptului de proprietate asupra acțiunii. Legislația comercială a pendulat între fixarea acțiunilor la purtător ca regulă, soluția normativă recentă, și impunerea ca regulă a acțiunilor nominative, soluția normativă prezentă. Dincolo de securitatea circulației acțiunilor la purtător, o astfel de acțiune atrage și o clandestinitate în privința persoanei acționarilor. Acțiunile la purtător sunt o regulă obișnuită pentru jurisdicțiile *off shore*, nu pentru o jurisdicție națională ce-și propune transparența în domeniul societar.

Distincția între acțiuni se mai poate face și după caracterul material al titlului constitutiv sau doar înscrierea în cont a deținerii. *Dematerializarea acțiunilor* este o

---

[1] Art. 1272 alin. (1) C.civ.

[2] Art. 240 alin. (4) și 5 din Legea nr. 297/2004. În cazul societăților admise la tranzacționare, în cazul majorării de capital social cu aport în natură sau în cazul ridicării dreptului de preferință al acționarilor, valoarea de emisiune a acțiunilor aferente aporturilor este stabilită în mod normativ la un minim ce poate fi mai mare ca valoarea nominală.

cerință obligatorie pentru societățile listate și una facultativă, statutară, pentru restul societăților pe acțiuni.

Existența unor clase distincte de acțiuni este recunoscută de legislația societară. Acțiunile comune sunt cele generale, obligatorii pentru societate, iar în contrapunere cu acestea societatea poate emite și clase speciale de acțiuni, *preferențiale*, care au atașate drepturi diferite de cele recunoscute acțiunilor comune.

Tipurile de acțiuni sunt importante prin efectele diferite, legale sau statutare, conferite pentru fiecare categorie.

387. Acțiunile nominative și acțiunile la purtător. Regula de drept societar este în prezent cea a acțiunilor nominative, acțiuni care individualizează, prin înscriere pe acțiune și în registrul societății, a identității posesorului. Conform legii, actul constitutiv prevede tipul acțiunilor, în caz contrar acestea fiind nominative [art. 91 alin. (2) LS]. Contrar formulării legale ambigue, de esența *acțiunilor nominative* este înscrierea titularului în registrul acționarilor, nu pe titlu, deși legea induce ideea greșită că acest lucru se realizează doar în cazul speciei acțiunilor dematerializate. O acțiune este nominativă și dacă este doar numerotată, iar registrul acționarilor identifică complet titularul acelei acțiuni numerotate. Acțiunea nominativă este a aceluia care rezultă din înregistrările societății, astfel încât societatea cunoaște identitatea acționarilor săi[1]. În prezent acest tip de acțiuni este singurul acceptat pentru acțiunile tranzacționate pe piața de capital (nominative, dematerializate). Persoana acționarilor trebuie perfect identificată pentru realizarea protecției pieței de tranzacționare și respectarea drepturilor acționarilor. Obligativitatea dematerializării acțiunilor pe piața de capital împiedecă și ea tranzacționarea titlurilor la purtător care sunt în principiu materializate.

Acțiunile la purtător sunt, în mod opus titlurilor nominative, lipsite de identificarea titularului acțiunii, pentru societate și pentru terți. Registrul acționarilor este golit practic de conținut și poate lipsi. Cu toate inconvenientele unor asemenea titluri, ele nu au fost eliminate de legea comercială prezentă[2]. Contrar primei impresii, caracterul de acțiune la purtător nu este total incompatibil cu acțiunile dematerializate. Modelul francez arată că înregistrarea în conturi a acțiunilor este posibilă fără a fi dezvăluită societății emitente. Societatea poate lua cunoștință de existența unui fiduciar sau a unui posesor îndreptățit să exercite drepturile asupra acțiunilor fără a avea cunoștință deplină de situația proprietății asupra acțiunilor[3].

Libertatea societății de a alege între acțiunile la purtător și cele nominative cunoaște totuși o limitare. Astfel, acțiunile neplătite în întregime sunt întotdeauna nominative

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 340.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 490 argumentează în pas cu vremurile superioritatea acțiunilor nominative față de cele la purtător. Astfel, o lege din anul 1941 obliga la emiterea de acțiuni exclusiv nominative, rațiunea dezvăluită de autor fiind aceea a descoperi societățile care prin componența capitalului deservesc interesele inamice. Autorul pledează pentru caracterul temporar al normei „fiindcă faptul că o acțiune este la purtător sau nominativă nu schimbă sufletul acționarului, nu-l transformă dintr-un element pasiv, într-un element activ".

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 344-346.

[art. 92 alin. (2) LS]. Logica reglementării stă în instituirea solidarității subscriitorilor acțiunilor precum și a dobânditorilor ulteriori, în interiorul termenului general de prescripție, în privința plății vărsămintelor datorate [art. 98 alin. (3) LS]. Dacă acțiunile ar fi la purtător nu pot fi identificați posesorii intermediari, iar norma legală ar fi golită de eficiență.

388. Acțiuni materializate și dematerializate. Legea societară lasă la îndemâna societății, prin acționarii ei, alegerea între emiterea materială a acțiunilor sau doar înscrierea lor în registrul acționarilor, respectiv dematerializarea acțiunilor. În acest caz deținătorul titlului își probează calitatea cu înregistrarea existentă în registrul acționarilor.

Regimul bursier merge cu un pas înaintea societăților pe acțiuni de drept comun și obligă la dematerializarea, și înscrierea în conturi, a tuturor acțiunilor, ca și a tuturor instrumentelor financiare tranzacționate pe piețe reglementate[1]. Opțiunea societății dispare în acest caz. Tendința obligativității dematerializării acțiunii este una manifestă în Europa, pentru toate tipurile de societăți emitente de valori mobiliare. Astfel, Franța a impus încă din 1981 *principiul dematerializării generale a valorilor mobiliare* emise pe teritoriul francez, indiferent de calitatea de societate bursieră sau nebursieră a societății pe acțiuni. Înregistrarea și transferul valorilor mobiliare se realizează exclusiv prin înscriere în conturi prin intermediul un prestator național de astfel de servicii (SICOVAM, devenit *Euroclear France* în 2001)[2].

Și dematerializarea acțiunilor are influență în privința transmiterii drepturilor asupra acestora.

389. Acțiuni comune și acțiuni preferențiale. Acțiunile comune, ordinare, conferă un număr de drepturi patrimoniale și nepatrimoniale fiecărui posesor în condițiile legii și ale actului constitutiv. *Principiul egalității acțiunilor* este un principiu societar fundamental pentru societatea pe acțiuni. Totuși legiuitorul acceptă derogarea de la acest principiu, de la ruperea principiului egalității între acționari prin acceptarea *acțiunilor preferențiale*, astfel încât principiul egalității acțiunilor se păstrează doar în interiorul fiecărei clase de acțiuni[3]. Dezvoltarea societară poate necesita emisiuni atipice de acțiuni, care să le facă în principal mai atractive pentru investitori. Astfel, emiterea acțiunilor preferențiale poate fi contemporană cu constituirea societății sau poate fi efectul unei majorări ulterioare de capital social, în scopul maximizării șanselor de reușită a operațiunii, aprobată conform regulii, într-o adunare generală extraordinară. În privința acțiunilor preferențiale sunt recunoscute acționarilor două tipuri de avantaje: *avantaje patrimoniale* și *drepturi de vot*.

Legea societară reglementează specia *acțiunilor preferențiale cu dividend prioritar fără drept de vot* (art. 95 LS). Aceste acțiuni conferă titularului avantaje patrimoniale echilibrate de o amputare a dreptului de vot. Avantajele materiale constau în dreptul la

---

[1] Art. 37 din Regulamentul C.N.V.M. (A.S.F.) nr. 13/2005. Valorile mobiliare materializate vor fi imobilizate și dematerializate anterior admiterii în sistemul societății de registru (Depozitarul Central).

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 312.

[3] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 498.

un dividend prioritar prelevat asupra beneficiului distribuibil al exercițiului financiar, înaintea oricărei alte prelevări. În acest mod dreptul la dividende al posesorilor acțiunilor ordinare poate fi golit de conținut dacă drepturile rezervate acționarilor preferați nu pot fi satisfăcute integral. Nici drepturile acționarilor preferențiali nu sunt necondiționate, fiindcă drepturile lor sunt exclusiv asupra dividendelor, poartă asupra beneficiului distribuibil, nu asupra patrimoniului social.

În privința drepturilor nepatrimoniale legea invalidează doar dreptul de vot, restul drepturilor conferite de acțiunile ordinare rămânând valide: dreptul de informare, dreptul de participare la adunările generale etc. În mod indirect este invalidat și dreptul de a fi ales în organele de administrare și control sociale, fiindcă posesorii de acțiuni preferențiale cu dividend prioritar nu pot fi administratori, directori, membri ai directoratului sau ai consiliului de supraveghere, sau cenzori ai societății.

Garanția constituită pentru posesorii acestor acțiuni preferențiale constă în redobândirea dreptului de vot aferent acțiunilor în caz de întârziere a plății dividendelor, începând de la data scadenței obligației de plată a dividendelor ce urmează a fi distribuite în cursul anului următor sau, dacă în anul următor adunarea generală hotărăște că nu vor fi distribuite dividende, începând de la data publicării respectivei hotărâri a adunării generale, până la plata efectivă a dividendelor restante.

Legea societară prevede că acțiunile preferențiale și acțiunile ordinare pot fi convertite dintr-o categorie în cealaltă prin hotărâre a adunării generale extraordinare a acționarilor, însă astfel de hotărâri nu pot leza drepturile statutare sau anterior fixate prin hotărârea adunării generale de emitere a acestor acțiuni. În spiritul echității, al drepturilor câștigate și mai puțin în baza reglementării legale lacunare, posesorii de acțiuni preferențiale nu pot fi deposedați în mod abuziv de drepturile lor dincolo de voința lor.

Practica internațională a acțiunilor preferențiale este mult mai bogată decât specia unică reglementată de legea română. Se cunosc avantaje materiale stabilite sub forma dividendului majorat (dividend superior celui cuvenit dividendului ordinar), a dividendului cumulativ (în cazul neplății într-un an de dividende, obligația se impută asupra rezultatelor exercițiilor financiare viitoare) etc.[1] Acțiunile preferențiale pot conferi avantaje constând în drepturi suplimentare de vot sau posibilitatea unor convenții asupra votului. Toate aceste variante nu sunt inventariate de dreptul român.

Deși legea română pare să reglementeze o singură situație permisă de acțiuni preferențiale legea societară poate suporta diferite pacte societare, convenții permise asupra votului care în esență permit definirea unor tipuri aparte de drepturi sociale. Din această perspectivă nu considerăm limitativă reglementarea tipurilor de acțiuni preferențiale.

Subsecțiunea a 2-a. Transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor și constituirea ipotecilor mobiliare

390. Preambul. Avantajul principal, declarat, al valorilor mobiliare este circuitul simplificat și transmiterea facilă a dreptului de proprietate asupra titlurilor. Cesiunea drepturilor în dreptul comun este una destul de laborioasă, necesitând forme speciale

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 351.

pentru asigurarea opozabilității față de debitorul cedat și terți. Circuitul juridic al acțiunilor este unul special, reglementat de legea societăților. Transmiterea clasică a titlurilor de valoare tipice, prin gir, nu este nici ea aplicabilă datorită caracterului special al acțiunilor, care nu se pot detașa total de condițiile de emisiune, de societatea emitentă.

Transmiterea acțiunilor cunoaște un regim legal și statutar. În limitele acceptate de normele societare actele constitutive particulare pot detalia sau remodela regimul transmiterii acțiunilor. Normele statutare nu vor putea totuși să anuleze total regimul de titluri negociabile al acțiunilor, nu vor putea să le transforme în titluri de tipul părților sociale fiindcă s-ar atenta la esența prototipului societar al societății pe acțiuni.

Transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor depinde în principal de tipul de acțiuni, la purtător sau nominative, materializate sau dematerializate. Regimul bursier particularizează și el modalitățile de transmitere a dreptului de proprietate asupra acțiunilor, devenite instrumente financiare.

391. Transmiterea dreptului de proprietate asupra acțiunilor. Registrul acționarilor. Dreptul de proprietate asupra acțiunilor la purtător se transferă în modul cel mai facil, prin simpla remitere a acestora în urma acordului de voință al părților. În spiritul vechiului drept comercial, acțiunile la purtător se transmit prin „simpla tradițiune" a acestora. Acest circuit al acțiunilor la purtător are avantajele și dezavantajele clandestinității: societatea și terții nu cunosc decât cu intermitență persoana acționarilor (când își exercită drepturile), iar securitatea circuitului acțiunilor este una precară. În particular, regimul bursier nu acceptă asemenea regim din considerente de informare continuă și protecție a investitorilor. Legea bursieră conține obligații speciale pentru acționari, în funcție de pragurile de deținere, obligații care ar fi fraudate prin netransparența pozițiilor deținute de acționari la fiecare emitent, societate pe acțiuni.

În cazul acțiunilor nominative, dreptul de proprietate se transmite în condițiile satisfacerii a două cerințe: *declarația* făcută în registrul acționarilor precum și *mențiunea* făcută pe titlu, ambele însușite prin semnătură de cedent și de cesionar (sau de mandatarii lor)[1]. Norma legală relevă importanța registrului acționarilor ca modalitate legală și obligatorie de evidență a transferurilor acțiunilor și implicit a acționarilor societății.

Registrul acționarilor este organizat și ținut la zi prin grija administratorilor societății, obligație statură importantă a acestora. Acesta, în declarația legii, va cuprinde numele și prenumele, codul numeric personal, denumirea, domiciliul sau sediul acționarilor cu acțiuni nominative, precum și vărsămintele făcute în contul acțiunilor[2]. Registrul acționarilor poate fi ținut în formă scrisă sau computerizată și este accesibil pentru consultare în mod nelimitat atât acționarilor societății cât și terților [art. 178 alin. (1) LS]. Registrul acționarilor devine astfel un instrument principal de informare și publicitate în privința acțiunilor și persoanei acționarilor societăților pe acțiuni. Registrul comerțului nu oferă decât date generale despre capitalul social, numărul și caracteristicile acțiunilor emise, datele privind persoana acționarilor scăpând publicității comerciale prin acest mijloc organizat administrativ. Registrul acționarilor devine

[1] Art. 98 LS.
[2] Art. 177 alin. (1) LS.

astfel principalul mijloc de publicitate comercială în privința societăților pe acțiuni. Importanța, dar și responsabilitatea organizării acestei evidențe face ca legea să permită societății să externalizeze acest serviciu, respectiv să contracteze serviciile de registru al acționarilor cu o *societate specializată de registru independent*. Aceste societăți preiau și realizează, pe baze contractuale, obligațiile societății de evidență a acționarilor, de înregistrare a transferurilor de acțiuni, de informare a acționarilor și terților în privința acționariatului societății. Dacă registrul acționarilor este ținut de către o societate de registru independent este obligatorie menționarea în registrul comerțului a atributelor de identificare a acestei societăți de registru, pentru informarea acționarilor și terților.

Transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor, prin declarație în registrul acționarilor, a suscitat discuții în privința caracterului acestei mențiuni. În mod evident transferul acțiunilor are la bază un acord de voință al părților, cedent și cesionar, fixat de obicei într-un act juridic, în sens de *instrumentum*. Disputa veche comercială privea natura înscrierii în registrul acționarilor: constitutivă de drepturi sau doar obligatorie pentru opozabilitatea transferului față de societate și terți. Soluția anterioară era în sensul că „potrivit principiilor de drept comun, acțiunea, ca oricare alt bun, se transmite între părți prin simplul consimțământ; menționarea în registru este necesară numai pentru a face operațiunea opozabilă societății"[1]. În prezent însă textul legal este imperativ și nu lasă loc de interpretări, respectiv transmiterea dreptului de proprietate se face prin înscrierea transferului în registrul acționarilor, astfel încât această înscriere are rol constitutiv de drepturi. Simplul acord de voință nu realizează transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor.

Cerința înscrierii pe titlu a transferului este incidentă, bineînțeles, doar în cazul acțiunilor nominative, materializate în înscrisuri. Dreptul de proprietate asupra acțiunilor nominative dematerializate se transmite în continuare prin declarație făcută în registrul acționarilor, semnată de cedent și de cesionar (personal sau prin mandatarii lor).

392. Restricții ale transmisibilității acțiunilor. Problema clauzelor restrictive ale transmisibilității acțiunilor nu a fost soluționată explicit de legea societară. În mod declarativ prin actul constitutiv „se pot prevedea și alte forme de transmitere a dreptului de proprietate asupra acțiunilor"[2], iar actul constitutiv al societății pe acțiuni poate conține restricții cu privire la transferul acțiunilor[3]. Din coroborarea acestor norme societare clauzele restrictive ale transmiterii dreptului de proprietate asupra acțiunile devin licite în dreptul societar român.

Subiectul nu este însă unul atât de facil cum lasă impresia minimul de reglementare din domeniu. Prin intermediul clauzelor restrictive pentru transmiterea acțiunilor apar societăți deformate[4], situate la granița șabloanelor societare. În dreptul comercial interbelic, atunci când dreptul societar nu cunoștea decât două forme societare cu răspundere limitată, societatea pe acțiuni și societatea în comandită pe acțiuni, tendința transformării societății pe acțiuni într-o societate de persoane, de tip *intuitu personae*,

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 489.
[2] Art. 98 alin. (1) teza finală LS.
[3] Art. 8 lit. f²) LS.
[4] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 491.

era justificată în parte[1]. Dorința beneficierii de răspunderea limitată, dar și de controlul acționarilor pentru a evita persoanele indezirabile, a dus la crearea clauzelor de limitare a transferului acțiunilor. În prezent însă, adoptarea modernă a societății cu răspundere limitată (SRL) nu mai justifică un asemenea demers statutar. Asociații au deja la îndemână un șablon societar care împletește avantajele societăților de persoane cu cele ale răspunderii limitate.

Valabilitatea clauzelor de restricționare a transferului dreptului de proprietate asupra acțiunilor a ridicat discuții atât în privința conținutului lor cât și în privința modalității de adoptare. O opinie veche, care nu și-a pierdut actualitatea, foarte tranșantă, considera că astfel de clauze, atingeri grave aduse transmisibilității depline a valorilor mobiliare, nu pot fi asumate decât pe cale directă, prin constituirea societății și asumarea unanimă a actului constitutiv. Modificările statutare ulterioare, prin vot majoritar, nu pot aduce atingere drepturilor intangibile ale acționarilor, majoritatea ne având niciun drept să impună astfel de limitări minorității[2].

Restricțiile transferului dreptului de proprietate asupra acțiunilor privesc în primul rând eliminarea acțiunilor la purtător, clauză legitimă și legală pentru orice societate, fiindcă astfel de acțiuni exclud orice control al societății asupra persoanei acționarilor.

393. Clauzele de agrement. În privința acțiunilor nominative doctrina cunoaște două tipuri de clauze. O primă grupă cuprinde clauzele care condiționează transferul acțiunilor de existența acordului unui organ societar, adunarea generală (mai rar) sau organul administrativ (consiliul de administrație, consiliul de supraveghere sau membrii directoratului). Acestea sunt cunoscute ca fiind *clauze de agrement*. Acestea introduc o restricție contractuală de la principiul liberei negociabilități a acțiunilor, un element *intuitu personae* nespecific societăților de capitaluri, care poate conserva un caracter familial sau național pentru o astfel de societate, evitând imixtiunea străinilor indezirabili[3]. Valabilitatea unor asemenea clauze a fost contestată de doctrină. Într-o opinie veche, astfel de clauze, lăsând la discreția societății admisibilitatea transferului, fac titlul indisponibil și au ca efect falsificarea tipurilor de societăți, cu întrepătrunderea nepermisă realizată între societățile de persoane și societatea pe acțiuni[4]. Soluțiile de drept francez sunt mult mai echilibrate, prin reglementarea atentă a unor astfel de clauze. Astfel, în cazul refuzului transferului de către societate (a *agrement*-ului), cedentul nu poate rămâne prizonier în societate, aceasta fiind obligată să asigure dobândirea acțiunilor de un acționar, un terț agreat sau chiar de societate, pe calea reducerii capitalului social[5]. Probleme ridică în acest caz prețul de transfer al acțiunilor[6].

394. Clauzele de preemțiune. Restricții statutare în privința transferului dreptului de proprietate asupra acțiunilor pot fi introduse și pe calea institutorii unui drept de preemțiune al acționarilor existenți în privința acțiunilor înstrăinate. O asemenea

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 492.
[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 497.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 383.
[4] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 496.
[5] Art. L. 228-24 alin. (2) C.com. francez (*http://www.legifrance.gouv.fr/*).
[6] *Ph. Merle*, op. cit., p. 391.

modalitate a fost privită favorabil de doctrină fiindcă ea nu lezează dreptul de dispoziție al acționarului, nu îl face un prizonier al propriilor titluri, ci înlocuiește doar un cumpărător propus de acționarul vânzător cu un altul, acționar existent al societății. În măsura în care actul constitutiv soluționează complet modalitatea de achiziționare de către acționari a acțiunilor propuse spre vânzare, inclusiv în privința prețului la care se exercită preemțiunea, astfel de clauze sunt valabile și nu atentează cu nimic la libera transferabilitate a acțiunilor[1].

Clauzele de preemțiune pot acționa împreună cu cele de agrement pentru a asigura acționarii cedenți de înlăturarea blocajelor și asigurarea pentru cedenți a respectării întotdeauna a dreptului lor de dispoziție[2].

395. Restricțiile transferului dreptului de proprietate în dreptul intern. Regimul societar prezent acceptă modalitățile statutare speciale de transmitere a dreptului de proprietate asupra acțiunilor, acceptând implicit și clauzele restrictive. Acest lucru nu împiedecă evaluarea din punct de vedere al legalității a fiecărei clauze de restricționare a transferului acțiunilor, astfel încât aceasta să nu tindă la indisponibilizarea acțiunilor după bunul plac al societății. Dreptul de dispoziție al acționarului nu trebuie să fie atins, chiar dacă vânzătorul propus de acționar poate fi substituit prin efectul clauzelor statutare. Orice restricție a transferului acțiunilor, fie că este o clauză de agrement sau de preemțiune sau combinații, necesită însă minime proceduri pentru implementare. *De lege ferenda* legea societară trebuie să intervină în favoarea fixării minimale a unor asemenea proceduri astfel încât societatea să nu abuzeze de clauzele statutare și să lezeze discreționar drepturile de dispoziție ale acționarilor, transformându-i în prizonieri ai societății. Lăsarea totală a acestor probleme la nivel statutar poate fi de natură să blocheze în mod nedorit transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor.

Un model de reglementare îl poate reprezenta procedura de preemțiune instituită pentru societatea simplă (art. 1901 C.civ.). Chiar dacă textele din Codul civil au vocație generală de aplicare, asimilarea între părțile de interes și acțiuni este greu de făcut, chiar pe cale de analogie. În cazul acțiunilor rămân incidente normele privind înregistrarea în registrul acționarilor astfel încât transferul acestora fără concursul societății este imposibil.

396. Constituirea ipotecii mobiliare asupra acțiunilor. Capacitatea acțiunilor de a face obiectul ipotecii mobiliare și de a garanta în acest mod executarea obligațiilor asumate de debitor este recunoscută de Codul civil [art. 2389 lit. d) C.civ.]. Unificarea regimul garanțiilor reale de Codul civil este însoțită și de o procedură completă de constituire, perfectare și executare a ipotecii mobiliare. În privința acțiunilor, dreptul comun recunoaște legii societare atribuția reglementării constituirii ipotecii mobiliare [art. 2390 alin. (2) C.civ.]. În consecință constituirea ipotecii mobiliare asupra acțiunilor implică forma înscrisului sub semnătură privată care se înregistrează în registrul acționarilor. În cazul acțiunilor emise în formă materială legea impune și

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 497.
[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 393.

menționarea ipotecii pe titlu, semnată de creditor și debitorul-acționar (sau de mandatarii lor). Alături de aceste forme de publicitate legea societară menține, ca cerință de opozabilitate față de terți, și înregistrarea în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare[1]. Creditorului garantat cu ipoteca mobiliara asupra acțiunilor i se eliberează o dovadă a înregistrării acesteia.

Conținutul contractului de ipotecă reclamă detalierea cuantumului datoriei, valoarea si categoria acțiunilor cu care se garantează executarea unei obligații.

397. Regimul bursier. Acțiunile emitenților admiși la tranzacționare pe o piață reglementată au un caracter derogatoriu față de dreptul societar comun din punctul de vedere al transferului lor [art. 98 alin. (2) LS]. Regimul bursier este unul supra-reglementat, cunoscând în afară de cadrul comun, legea societăților, normele speciale cuprinse în legea privind piața de capital, dar și în actele administrativ-normative emise de autoritatea administrativă competentă în domeniu (Autoritatea de Supraveghere Fiscală în prezent, prin transformarea fostei Comisii Naționale a Valorilor Mobiliare). În cadrul regimului bursier, al societăților admise la tranzacționare pe o piață reglementată, contractarea serviciilor societății de registru independent, pentru evidența acțiunilor, este obligatorie, împreună cu dematerializarea acțiunilor[2]. De altfel regimului bursier îi este recunoscut un mecanism propriu de transfer asupra dreptului de proprietate asupra acțiunilor tranzacționate[3]. Acesta este rezultatul unei tranzacții bursiere, a subscrierii în cadrul unei oferte publice și doar cu titlu de excepție a acordului de voință realizat în afara unei piețe reglementate (tranzacții directe[4]).

Ca regulă, transferul dreptului de proprietate asupra acțiunilor listate la cota bursei are loc strict în baza ordinelor de vânzare/cumpărare la piață, a tranzacției bursiere, la data decontării acesteia, în cadrul sistemului de compensare-decontare, pe baza principiului livrare contra plată[5]. Înregistrarea transferului de proprietate se realizează prin debitarea/creditarea conturilor de valori mobiliare deschise de societatea de registru (societate de tip depozitar central).

Subsecțiunea a 3-a. Dobândirea de către societate a propriilor acțiuni

398. Introducere. În mod tradițional dobândirea de către societate a propriilor acțiuni era puternic restricționată datorită percepției negative a situației. Pe de o parte nu este de conceput ca o societate să fie propriul acționar și creator, iar pe de altă parte situația deținerii propriilor acțiuni subminează realitatea capitalului social, gajul teoretic al creditorilor sociali[6] (în realitate patrimoniul social îndeplinește o asemenea funcție). Locul interdicției tradiționale a fost luat de un regim mai relaxat, dominat însă de condiții stricte. În dreptul european tratamentul aplicabil răscumpărării de societate a

---

[1] Art. 99[1] LS.

[2] Art. 36-38 din Regulamentul C.N.V.M./A.S.F. nr. 13/2005. În cadrul pieței reglementate BVB serviciile de registru sunt asigurate de o societate de registru unică, Depozitarul Central SA.

[3] *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 40-72.

[4] Art. 81 din Regulamentul C.N.V.M./A.S.F. nr. 13/2005.

[5] Art. 145 din Legea nr. 297/2004.

[6] *Ph. Merle*, op. cit., p. 331.

propriilor acțiuni a fost atent tratat pe calea unei directive de drept societar[1], implementată de toate statele membre. În mod așteptat, dreptul intern reia în mod sârguincios tratarea europeană a răscumpărării de către societate a propriilor acțiuni.

În primul rând legea distinge între emisiunea primară și secundară de acțiuni, respectiv între subscrierea propriilor acțiuni și achiziționarea propriilor acțiuni în timpul circulației ulterioare a acestora (nu la momentul emisiunii inițiale).

În privința subscrierii propriilor acțiuni restricțiile sunt severe. Societatea nu poate subscrie propriile acțiuni nici în mod direct, nici în mod indirect, prin persoane interpuse[2]. Sancțiunea încălcării interdicției nu este nulitatea, ci preluarea, *ope legis*, a operațiunii de către persoanele interpuse sau de către fondatori, în cazul constituirii, și administratori, în cazul majorării de capital social, în cazul încălcării interdicției.

399. Răscumpărarea de către societate a propriilor acțiuni. Răscumpărarea propriilor acțiuni are însă un regim mai permisiv. Condițiile speciale impuse sunt însă multiple, urmărind să asigure limitarea amplorii operațiunii și disponibilitățile băneșteantrenate de societate (numai resurse proprii). În concret, dobândirea propriilor acțiuni este de competența exclusivă a adunării generale extraordinare a acționarilor care trebuie să stabilească condițiile operațiunii, respectiv numărul maxim de acțiuni de răscumpărat, contravaloarea lor, minimă și maximă, și durata operațiunii. În mod legal aceasta nu poate depăși 18 luni de la data publicării hotărârii în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Alte limitări privesc numărul total de acțiuni supuse răscumpărării, respectiv valoarea nominală a acțiunilor proprii dobândite de societate, inclusiv a celor aflate deja în portofoliul său, nu poate depăși 10% din capitalul social subscris, obligativitatea achiziționării doar de acțiuni integral plătite și plata acțiunilor răscumpărate exclusiv din profitul distribuibil sau din rezervele disponibile (cu excepția rezervelor legale) ale societății, așa cum rezultă din ultima situație financiară anuală aprobată[3].

Tot acest regim restrictiv este însoțit și de excepții semnificative, când el este la rândul său înlăturat pentru a permite răscumpărarea propriilor acțiuni în mod liber. Ridicarea restricțiilor privește dobândirea propriilor acțiuni: în vederea unei operațiuni de reducere a capitalului social, unei operațiuni de retragere din societate a acționarilor minoritari, într-o operațiune de executare silită asupra unui debitor social sau ca urmare a unui transfer cu titlu universal sau gratuit de acțiuni[4].

Sancționarea încălcării regimului deținerii propriilor acțiuni are un regim juridic special. Astfel, societatea este ținută să înstrăineze în termen de un an de la dobândire acțiunile care nu respectă acest regim. Chiar dobândirea legală a propriilor acțiuni nu poate duce la depășirea de către societate a pragului de 10% din capitalul social

---

[1] Directiva 2012/30/UE, „de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților comerciale în statele membre, în înțelesul art. 54 parag. 2 TFUE, pentru protejarea intereselor asociaților sau terților, în ceea ce privește constituirea societăților comerciale pe acțiuni și menținerea și modificarea capitalului acestora" (JOUE L 315/74 din 14 noiembrie 2012). Aceasta a înlocuit Directiva a doua de drept societar (77/91/CEE).

[2] Art. 103 LS, art. 20 din Directiva 2012/30/UE.

[3] Art. 103[1] LS.

[4] Art. 104 LS, art. 22 din Directiva 2012/30/UE.

subscris, acțiunile depășind acest procent fiind supuse înstrăinării în termen de 3 ani de la dobândire. Depășirea termenelor de înstrăinare atrage obligativitatea anulării acțiunilor și reducerii capitalului social.

În toate cazurile acțiunile proprii, deținute de societate, sunt lipsite de drepturi comune atașate precum: dreptul la dividende și dreptul de vot, pe perioada deținerii lor de către societate.

400. Răscumpărarea indirectă sau asimilată a propriilor acțiuni. Interdicția dobândirii propriilor acțiuni poate fi ușor eludată prin intermediul persoanelor controlate, direct sau indirect. Din această cauză legea societară asimilează dobândirea propriilor acțiuni cu dobândirea acestora de către entități controlate de societate. Controlul este realizat fie prin deținerea de societate a majorității drepturilor de vot la entitatea controlată (raport de tip societate mama-filială) fie prin „influența semnificativă" exercitată de societate[1]. A doua formulare este una sibilinică și are nevoie de completări. Acestea pot fi găsite în materia consolidării conturilor contabile sau, în general, în materia (nereglementată) a grupurilor de societăți. Perimetrul influenței semnificative desenează în principiu perimetrul unui grup de societăți.

Directiva europeană transpusă (Directiva 2012/30/UE) indică țărilor membre principii de aplicare a acestor norme, în principal în privința definirii influenței semnificative. Textul european cere țărilor să definească cazurile în care se consideră că o societate pe acțiuni este în măsură să exercite o influență dominantă asupra unei alte societăți, respectiv să prevadă că poate fi exercitată o influență dominantă dacă o societate pe acțiuni are dreptul să numească sau să demită majoritatea membrilor organului administrativ sau de supraveghere al altei societăți, sau are control unic asupra majorității drepturilor de vot în baza unui contract încheiat cu ceilalți acționari sau asociați ai societății controlate etc.

Legea internă a societăților nu a definit această influență semnificativă astfel încât aplicarea efectivă a textului, dincolo de ipoteza clară a controlului prin deținerea majorității dreptului de vot, este greoaie și îndoielnică.

Regimul acțiunilor proprii este completat cu interdicții de finanțare sau garantare de către societate a cumpărării acțiunilor proprii. Astfel, o societate nu poate să acorde împrumuturi sau să constituie garanții în vederea subscrierii sau dobândirii propriilor sale acțiuni de către un terț (art. 106 LS).

Constituirea de garanții reale asupra propriilor acțiuni de către societate, în calitate de creditor, fie direct, fie prin intermediul unei persoane acționând în nume propriu, dar în contul societății, este considerată dobândire a acțiunilor proprii și trebuie tratată în conformitate cu regimul legal al acestei operațiuni.

401. Regimul de publicitate al deținerilor proprii. Acțiunile deținute de societate nu trebuie să inducă în eroare terții în privința capitalului social, a acționariatului societății. Din această cauză ele au un regim special de publicitate. Astfel, situația acțiunilor trebuie să fie cuprinsă în situația financiară anuală (în anexe) și trebuie să se precizeze exact situația lor (dacă sunt integral liberate, acțiunile proprii etc.).

[1] Art. 28 alin. (1) din Directiva 2012/30/UE.

Consiliul de administrație va include și el în raportul lui (ce însoțește situațiile financiare anuale) informații cu privire la dobândirea sau înstrăinarea de către societate a propriilor acțiuni (motivele dobândirii acțiunilor proprii, numărul acțiunilor dobândite și a celor înstrăinate pe durata exercițiului financiar, contravaloarea acestor acțiuni, numărul tuturor acțiunilor dobândite și deținute de către societate și procentul din capitalul social subscris reprezentat).

Secțiunea a 2-a. Adunările generale

402. Sistemul decizional societar[1]. Adunarea generală este organul instituțional cu plenitudine de competență în viața societară. Hotărârile sale exprimă voința societății, distinctă de cea a asociaților, atribut al unei persoane juridice independente, cu patrimoniu distinct, reprezentată de societate.

Limitările câmpului de exprimare a voinței sociale țin de capacitatea juridică a societății cu personalitate juridică. În aceste limite largi, regula este aceea a deplinei competențe.

Societățile de persoane nu au reglementată în mod expres o adunare generală, datorită apropierii lor mai mari de natura contractuală a societății, situație care impune unanimitatea consimțămintelor asociaților. Asociații pot însă împrumuta în mod statutar din normele de constituire ale adunărilor generale, existente în materia societăților pe acțiuni. De fapt există o prevedere legală ce indică „votul asociaților" (art. 86 LS), sugerând un cadru organizat de exprimare a votului, propriu societăților pe acțiuni, și în cazul societăților în nume colectiv. Societățile cu răspundere limitată au stabilită în mod generic adunarea generală a asociaților, fără o explicitare după competențe.

Societățile pe acțiuni au însă o reglementare completă a constituirii și a competențelor adunărilor generale. Din punct de vedere al percepției societare, adunările generale ale acționarilor sunt organul superior al societății care concentrează decizia și controlul asupra întregii societăți. Dar preeminența adunărilor este deseori mai mult teoretică decât efectivă fiindcă tendința clasică a sistemelor democratice este de transfer al puterii de la organul deliberativ la organul gestiune[2] care realizează o funcție continuă de conducere a societății. Practic exercitarea puterii, chiar dacă ea în mod nominal nu aparține organului de gestiune, sfârșește în însușirea ei abuzivă de către acest organ. Orice democrație sfârșește în autocrație, concluziona cu amărăciune un eminent istoric[3].

403. Dihotomia ordinar/extraordinar. Distincția între tipurile de adunare este importantă față de anumite competențe conferite explicit de legea societară doar unora dintre adunări și pentru delimitarea atribuțiilor adunărilor generale și a altor organe instituționalizate ale societății. Din debutul reglementării adunărilor generale (art. 110 LS) este consfințită contrapunerea ordinar/extraordinar în definirea adunărilor generale.

---

[1] *C. Gheorghe*, Adunările generale ale societăților comerciale. Competențe și principii, în RDC nr. 2/2003.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 291.

[3] *Th. Mommsen*, Istoria Romei, vol. III, Ed. Științifică și Pedagogică, București, 1988.

Reglementarea legală relevă cele două tipuri de adunări care sunt delimitate în esență prin competențele lor. Trebuie observat însă că atribuțiile prevăzute de lege par a fi, la prima vedere, în ambele cazuri, nelimitative, respectiv „orice altă modificare a actului constitutiv sau oricare altă hotărâre pentru care este cerută aprobarea adunării generale extraordinare" [art. 113 lit. m) LS] în cazul adunărilor generale extraordinare și „în afară de dezbaterea altor probleme înscrise pe ordinea de zi" [art. 111 alin. (2) LS], în cazul adunărilor generale ordinare. Din aceasta cauză pare a fi dificil de precizat care este adunarea cu deplină capacitate de decizie și care este cea specială, cu competențe stricte.

Studierea raportului dintre adunările generale ale societății, respectiv stabilirea regulii și a excepției sau accidentalului este importantă datorită condițiilor diferite de constituire și decizie. Diferențierea este importantă în cazul hotărârilor neevidențiate explicit în atribuțiile niciunei adunări și pentru care este necesară stabilirea condițiilor de adoptare prin repartizarea către adunarea competentă.

În mod tradițional exista opinia că orice hotărâre care nu este prevăzută expres în atribuțiile adunărilor (ordinare), este de competența adunărilor generale extraordinare. Se motivează că, nefiind o hotărâre uzuală și predictibilă, aceasta trebuie să fie de competența unei adunări extraordinare. În această opinie adunarea generală extraordinară este regula, având o competență deplină ce acoperă hotărârile necesare activității societății în funcție de evoluțiile mediului economic extern, iar adunarea ordinară poate avea doar atribuțiile strict prevăzute în norma legală.

404. Argumentele demarcației decizionale. Argumentele delimitării adunărilor sunt de natură lingvistică, de analogie cu materia constituțională și electorală, de interpretare normativă precum și ecouri din doctrina comercială veche, reiterate și în cea nouă.

Argumentul lingvistic. Etimologic adunarea ordinară este cea predictibilă, strict prevăzută normativ, pe când adunarea extraordinară este cea accidentală, incidentă atunci când evoluțiile externe o cer. Un argument este și de ordin constituțional[1], materie din care sunt împrumutați termeni ca vot, majoritate etc., neexplicitați și folosiți ca atare de normele societare.

Argumentul interpretativ. Legea societăților se referă la „orice altă hotărâre pentru care este cerută aprobarea adunării generale extraordinare"[2]. Norma este interpretată și în sensul oricărei chestiuni referită adunării pentru adoptare. Chiar dacă interpretarea nu este fericită, ea permite extinderea competenței adunării extraordinare la orice chestiune care este supusă adunării.

Argumentul doctrinar. Doctrina[3] veche reținea în mod unanim competența adunării generale extraordinare ori de câte ori atribuțiile nu erau expres enumerate în competența adunărilor ordinare. Însă doctrina veche se raporta în stabilirea competențelor

---

[1] Art. 66 din Constituția României.

[2] Art. 113 lit. m) LS.

[3] A se vedea *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 258; *D.D. Gerota*, op. cit., p. 142; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. Socec, op. cit., p. 383.

adunării generale la un alt text normativ, diferit și foarte explicit[1]. Optica normativă era sensibil diferită sub imperiul Codului comercial. Dihotomia ordinar/extraordinar era una clar trasată, respectiv adunările extraordinare erau convocate de câte ori era necesar, în contrapunere cu adunările ordinare, cu atribuții minimale fixate. În optica veche nu tipul de adunare determina condițiile de cvorum și adoptare a hotărârilor, ci strict problemele aflate pe ordinea de zi, astfel încât adunările generale extraordinare puteau adopta hotărârile în condiții diferențiate[2]. Condițiile de adoptare a hotărârilor nu erau legate de calificarea ordinar/extraordinar.

405. Abordarea prezentă a demarcației competențelor adunării. În chestiunea supusă observării, în lumina textului prezent din legea societară, competența generală în materie societară aparține adunărilor generale ordinare, iar competență de excepție, limitată, aparține adunărilor generale extraordinare.

Argumentele țin de interpretarea sistematică a normelor juridice. Adunarea generală ordinară se întrunește cel puțin o dată pe an, în concluzie fără limitări superioare temporale[3], dar și fără limitări în privința competenței[4]. Dispoziția legală incidentă în materia adunărilor generale extraordinare, „oricare altă hotărâre pentru care este cerută aprobarea adunării generale extraordinare"[5], nu ar trebui sa nască confuzii. Norma privește toate situațiile în care legea societăților stabilește competențe exprese ale

---

[1] Art. 156 C.com. (abrogat) stabilea că adunările generale sunt ordinare și extraordinare, iar *adunările extraordinare sunt convocate de câte ori va fi trebuință.*

[2] Art. 159 C.com. (abrogat): „Pentru adunările generale, care urmează după constituirea legală a societății, convocarea se face de către administratori, și este necesară prezența a unui număr de asociați care să reprezinte cel puțin jumătatea capitalului social (...) Se poate deroga la aceste dispoziții prin actul constitutiv sau prin statute.

Dacă o adunare este în neputință de a lucra din cauza numărului insuficient, adunarea ce se va întruni după o a doua convocare poate să delibereze asupra chestiunilor puse la ordinea zilei celei dintâi adunări, ori-care ar fi partea de capital reprezentată de asociații prezenți. (...)"

Art. 160 C.com. (abrogat): „Când actul constitutiv sau statutele nu dispun într-alt fel, este întotdeauna necesară prezența unui număr de asociați care să reprezinte trei pătrimi din capitalul social, și votul afirmativ al unui număr de asociați care să reprezinte cel puțin jumătatea aceluiași capital pentru a lua o hotărâre asupra: 1) Dizolvării anticipată a societății; 2) Prelungirii duratei sale; 3) Fuziunii cu o altă societate; 4) Reducerii capitalului social; 5) Reconstituirii sau sporirii acestui capital; 6) Schimbării obiectului societăți; 7) Oricărei alte modificări a actului constitutiv. Această majoritate este cerută și în toate celelalte cazuri anume prevăzute de lege".

[3] Într-un sens contrar, eronat, s-a pronunțat Tribunalul București: sentința civilă nr. 9138/2001 (*nepublicată*) care într-o cerere de convocare a adunării generale având ca obiect rapoarte ale administratorilor privind operații juridice individualizate (în condițiile art. 119 LS) a apreciat că „adunarea ordinară se întrunește cel puțin o dată pe an, în cel mult trei [prevederea legală de la acea dată (*n.n.*)] luni de la încheierea exercițiului financiar (...) reclamanta nu a respectat termenul de trei luni sus menționat, termen prevăzut imperativ, Tribunalul va respinge acțiunea ca nefondată". Soluția a fost menținută de Curtea de Apel București.

[4] Art. 111 alin. (2) LS. „În afară de dezbaterea altor probleme înscrise pe ordinea de zi", norma legală obligă doar la discutarea situațiilor contabile și de gestiune în termenul legal impus (cinci luni de la începutul exercițiului financiar).

[5] Art. 113 LS.

adunării extraordinare (altele decât cele enumerate în cuprinsul art. 113 LS). Interpretarea în sensul oricăror chestiuni referite adunării, prin includerea lor voluntară pe ordinea de zi a adunării, nu se acomodează cu restul prevederilor societare.

Competențe exprese ale adunării generale extraordinare sunt în legea societăților în privința convertirii acțiunilor din acțiuni la purtător în nominative și invers [art. 92 alin. (4) LS], dobândirea propriilor acțiuni ale societății[1], acte juridice de dispoziție ce privesc peste jumătate din activele societății[2], decizia în situația constatării de către administratori a pierderii a unei jumătăți din capitalul social[3], revocarea cenzorilor, desemnarea experților pentru majorarea capitalului social cu aport în natură, ridicarea dreptului de preemțiune al acționarilor (art. 217 LS).

Adunarea generală ordinară este prin esența sa cadrul de formare a voinței societare, este regula, întrunindu-se ori de câte ori este nevoie[4]. Este normal să fie așa față de nevoia, impredictibilă aprioric, de exprimare a voinței sociale în diverse domenii de interes pentru societate sau de verificare a conformității acțiunilor administratorilor cu mandatul acordat de societate.

Contrapusă acestei adunări ordinare, adunarea generală extraordinară are, și în concepția legiuitorului, un rol strict delimitat în privința atribuțiilor sale. Formularea „oricare altă hotărâre pentru care este cerută aprobarea adunării generale extraordinare" trebuie deci interpretată în sensul existenței unui temei legal sau al actului constitutiv care stabilește o asemenea atribuție[5].

406. Cerințe generale de constituire și deliberare a adunărilor. Condițiile de cvorum și majoritate sunt în mod tradițional mai relaxate în cazul adunărilor generale ordinare. Această adunare este depozitara voinței sociale. Pentru orice persoană juridică perimetrul în care se exprimă voința sa este unul foarte larg, adaptat nevoilor și raporturilor juridice comerciale în care intră societatea cu personalitate juridică.

Tot acest perimetru este imposibil de trasat aprioric în competențele adunărilor generale. În interiorul său nu este necesar un cvorum și majorități calificate, tocmai pentru a facilita formarea ușoară a unei voințe a societății.

---

[1] Art. 103^1 LS.

[2] Art. 153^{22} LS.

[3] Art. 153^{24} LS.

[4] În același sens, *M. Șcheaua*, Legea societăților comerciale nr. 31/1990, comentată și adnotată, Ed. All Beck, București, 2000, p. 251. Doctrina mai reține un punct de vedere contrar, respectiv: „ori de câte ori trebuie adoptată o hotărâre privind o problemă care nu este prevăzută de lege ca fiind de competența uneia din cele două forme de adunare generală și nu rezultă din analizarea problemei că este legată de gestiunea curentă a societății, *se prezumă* că este de competența adunării generale extraordinare". Pentru argumentare, a se vedea *St.D. Cărpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea*, op. cit., p. 236.

[5] În sensul că atribuțiile stabilite de lege pentru adunarea generală ordinară au caracter imperativ și motivație, a se vedea *M. Șcheaua*, op. cit., p. 252. Analog pentru cea extraordinară (*D.D. Gerota*, op. cit., p. 142), cu acceptarea poziției superioare a adunării extraordinare (*I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 383), cu precizarea că soluțiile aparțin reglementării Codului comercial. A se vedea și *St.D. Cărpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea*, op. cit., p. 236-237.

Legea societară română a evoluat în sensul abandonării cerințelor de cvorum clasice (prezență de jumătate din totalul drepturilor de vot), cel puțin adunarea generală ordinară renunțând la orice astfel de cerință la a doua convocare. Cerințele speciale de cvorum și majorități calificate au fost mult relaxate de reglementarea prezentă. Diferențele dintre adunări au suferit schimbări, dar adunarea generală ordinară rămâne mai relaxată în privința constituirii și deliberării, cel puțin la convocările ulterioare primei convocări în care adunarea nu a putut fi statutar constituită. În mod imperativ, adunarea generală ordinară nu poate cunoaște în prezent cerințe de cvorum sau o majoritate superioară majorității simple pentru convocările ulterioare primei date la care adunarea nu s-a putut constitui.

Chiar dacă interpretarea demarcației dintre adunările societare pare să contravină câmpurilor semantice ale cuvintelor cheie (ordinar/extraordinar), aceasta răspunde mai bine finalității acestor norme. Noțiunea de *adunare extraordinară*, în sensul legii prezente, atrage condiții de constituire și deliberare mai severe care nu pot fi extinse pe cale de interpretare la alte situații decât cele reglementate de lege și actul constitutiv.

Legislația veche, așa cum am redat, concilia mai bine sensul lingvistic cu aria normativă prin simplul fapt că o adunare extraordinară nu atrăgea în mod automat condiții mai severe de adoptare, acestea fiind atrase strict de o problematică definită limitativ legal.

Reglementarea prezentă a redus incidența majorităților calificate de adoptare în privința adunărilor generale extraordinare, dar măcar actul constitutiv are vocația de a restabili. În cazul adunării generale ordinare astfel de condiții calificate sunt interzise la a doua convocare.

407. Importanta delimitării atribuțiilor adunărilor generale. Orice hotărâre a adunării generale trebuie luată în condiții prescrise de cvorum și majoritate. Calificarea unei problematici ca atribuție a adunării generale ordinare sau extraordinare este importantă față de condițiile diferite de adoptare. Calificarea competenței nu este importantă în sine, ci fiindcă prin medierea ei se obțin condițiile legale de adoptare. În final adoptarea hotărârilor adunărilor generale trebuie raportată, din punctul de vedere al legalității, la condițiile de cvorum și majoritate specifice, nu la calificarea în sine a tipului adunării. O hotărâre de competența unei adunări ordinare adoptată de o adunare extraordinare nu este lovită de nulitate cât timp cerințele ei de adoptare (proprii adunării ordinare) au fost oricum satisfăcute (*qui potest plus, potest minus*). După cum supunerea unei adunări a unei ordini de zi complexe, cu probleme de competența ambelor adunări, nu trebuie să împingă la limită formalismul în scindarea ordinii de zi în două adunări[1]. Adunarea poate fi unică, ordinară și extraordinară, cerința ce trebuie a fi respectată în privința condițiilor de adoptare rămânând a fi verificată în privința fiecărei probleme supusă votului. Scindarea în două adunări, ordinară și extraordinară are doar avantajul unei unități de adoptare pentru fiecare dintre problemele aflate pe ordinea de zi.

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 596. Adunarea mixtă este o creație a practicii recunoscută de doctrină care reunește pe aceeași ordine de zi probleme de competența ambelor adunări.

Chiar în interiorul unei adunări, ordinară sau extraordinară, nu există o unitate absolută a condițiilor de adoptare. Condițiile de deliberare sunt supuse legii și actului constitutiv. Verificarea acestora se raportează la aceste izvoare în măsura în care derogă, pentru atribuții punctuale, de la normele generale conținute de art. 111 și 113 LS[1].

Recursul la norma generală este unul necesar atunci când obiectul hotărârii nu este expres reglementat de actul constitutiv și de lege. În această privință este importantă calificarea în atribuție a adunării generale ordinare sau extraordinare, pentru identificarea condițiilor de adoptare.

Regula de drept societar este reprezentată de adunarea generală ordinară, adunare cu competență generală în formarea voinței sociale.

Competența adunării extraordinare este una de excepție, de protecție a acționarilor în domenii trasate prin lege sau actul constitutiv, prin impunerea unor condiții mai ridicate de cvorum și adoptare, legale sau statutare.

408. Plenitudinea de competență a adunărilor generale. Dincolo de dihotomia ordinar/extraordinar trebuie recunoscută, cu rang de principiu, plenitudinea de competență a adunărilor generale ale acționarilor, derivată din autonomia de voință a persoanei juridice distinctă care este societatea (comercială). Această exprimare de voință trebuie să aibă un obiect asupra căruia persoana de drept să poată să dispună, să se înscrie în perimetrul trasat de normele imperative de drept.

Principiul în cauză este unul important față de o referire normativă aparent marginală. Astfel, acționarii, în condițiile legii, pot obține convocarea adunării generale cu ordinea de zi propusă, „dacă cuprinde dispoziții ce intră în atribuțiile adunării"[2]. Respectivele atribuții trebuie apreciate relativ la competența generală, la vocația decizională a adunărilor generale, nu raportat la competențele identificate și enumerate explicit de normele generale.

Cu titlu exemplificativ, o atribuție importantă a adunărilor generale ordinare, este aceea de cadru de receptare a rapoartelor administratorilor privind operațiunile executate în numele societății și fapte ce exced gestiunea obișnuită. Natura contractuală și legală a mandatului administratorilor este temeiul obligației de a înștiința societatea mandantă, constituită în adunarea generală, despre executarea acestui mandat. Această obligație de raportare este proprie efectelor mandatului și impune administratorului să comunice societății mandante, și la cerere, toate activitățile care privesc o anumită sesizare. Dacă administratorul nu își îndeplinește această obligație și prin actele

---

[1] Modificările de acte constitutive, toate de competența adunării generale extraordinare, comportă majorități diferite de adoptare. Decizia de modificare a obiectului principal de activitate al societății, de reducere sau majorare a capitalului social, de schimbare a formei juridice, de fuziune, divizare sau de dizolvare a societății se ia cu o majoritate de cel puțin două treimi din drepturile de vot deținute de acționarii prezenți sau reprezentați. Restul deciziilor necesită majoritatea simplă pentru adoptare. În ipoteza mai multor modificări simultane trebuie verificată satisfacerea cerințelor în mod separat, pentru fiecare modificare (dacă nu cumva este întrunită majoritatea calificată pentru toate modificările simultan).

[2] Art. 119 alin. (1) teza a II-a LS.

juridice, chiar în interiorul puterilor generale deținute, cauzează prejudicii, societatea mandantă are dreptul la despăgubiri[1].

Darea de seamă a administratorilor pe calea unui raport de gestiune este obligatorie cel puțin o dată pe an (art. 111 LS) însă poate fi realizată oricând, în cadrul unei adunări generale unde a fost inclusă pe ordinea de zi.

Plenitudinea de competență a adunărilor generale nu este limitată de un număr restrâns de atribuții identificate explicit de legea societară. Acolo unde voința socială poate să se exprime pentru a produce efecte juridice aceasta nu are alte îngrădiri decât cele de drept comun.

409. Delimitarea de atribuțiile altor organe instituționalizate. Atribuțiile cenzorilor nu intră în conflict cu cele ale adunărilor generale, aceştia fiind organe de control a căror rațiune de a fi este să refere în fața adunărilor neregularitățile găsite, împreună cu propunerile făcute.

Nici delimitarea competențelor adunărilor generale de cele ale organului de administrare (consiliul de administrație de exemplu) nu trebuie să ridice greutăți. Administratorii societății sunt mandanții societății care trebuie să evolueze din punct de vedere juridic în limitele legale şi statutare ale mandatului primit. Mandatul acestora este unul foarte larg[2].

Competența adunărilor generale fiind una generală, un conflict de competență cu nivelul administrativ nu este posibil. Tot ceea ce este permis administratorului, este permis cu atât mai mult mandantului său. Ierarhia organelor instituționale este clară: administratorii trebuie să execute întocmai hotărârile adunărilor generale[3].

Delimitarea dintre cele două organe instituționalizate poate privi actele pe care le poate îndeplini administratorul fără o voință prealabilă a societății, materializată într-o hotărâre a adunării generale. Nicio operațiune care nu necesită încuviințare prealabilă nu excede însă competența adunărilor generale. Chiar atribuțiile delegate în mod expres administratorilor în condițiile legii (art. 114 LS) nu sunt de natură a limita domenii de competență diferite atât timp cât acestea, în virtutea principiului simetriei, sunt oricând revocabile, la discreția adunării generale competente.

410. Adunarea generală a acționarilor, forma cea mai evoluată de organism decizional. Societatea pe acțiuni este cea mai bine conturată dintre societățile cu personalitate juridică[4] din punctul de vedere al organelor sale care sunt complet individualizate de legiuitor. Voința socială a societății pe acțiuni se formează în cadrul instituționalizat al adunării generale cu respectarea condițiilor imperative referitoare la constituirea acesteia.

În cazul acestei societăți, dispozițiile legale generalizează explicit şi fără nici o excepție *principiul majorității* (raportat la numărul de voturi şi în ultimă instanță la

---

[1] Cas., decizia nr. 1820/1936, în Practica judiciară în materie comercială, op. cit., p. 41.

[2] Art. 70 LS. „Administratorii pot face toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, afară de restricțiile arătate în actul constitutiv".

[3] Art. 73 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 31/1990.

[4] Societatea pe acțiuni este cea mai complexă şi cea mai evoluată formă a societăților. *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 304.

procentul din capitalul social deținut) în formarea voinței sociale. Acesta se dovedește mult mai adecvat unui organism social numeros, fără relații personale, în principiu, între acționarii care alătură doar capitaluri și așteptări de beneficii. De asemenea este adecvat și pentru nevoia de decizie într-o lume economică în evoluție rapidă.

Față de societățile de persoane afinitățile dintre acționari sunt mult slăbite. Acțiunile, titlurile reprezentative ale contribuției acționarului, fracțiuni ale capitalului social[1], sunt titluri de credit și, deși nu satisfac pe deplin cerințelor acestora[2], au o circulație simplificată caracteristică acestora. Schimbările rapide care pot interveni în acționariat, dar și în mediul economic extern au făcut ca voința socială să aibă ca principiu majoritatea drepturilor de vot, prestabilită legal sau contractual.

În societățile pe acțiuni voința socială se poate forma la praguri minime de reprezentabilitate diferite, în funcție de acțiunea sau actul ce trebuie hotărât. Condițiile minimale diferite în atingerea constituirii adunării și deliberare au fost instituite de legiuitor după acțiunile preconizate și după cadrul instituțional corespunzător, diferit, care a fost reglementat, respectiv adunarea ordinară și adunarea extraordinară a asociaților[3]. Modernizarea cadrului statutar a introdus și adunările speciale ale acționarilor[4].

Cadrul instituțional al adunărilor generale impune norme privind *convocarea*, *publicitatea*, *deliberarea* prin vot și atacarea hotărârilor luate (art. 117 LS). Funcționarea pe baza principiului majorității necesită garanții pentru acționari că adunarea nu poate fi constituită în mod clandestin, că majoritățile relative legale nu pot fi manipulate. Participarea la adunarea generală este o facultate recunoscută acționarilor, nu o obligație. Însă acționarii trebuie să fie în măsura să decidă asupra participării la adunarea generală în funcție de ordinea de zi a adunării și opțiunile proprii. Dezinteresul acționarilor în participarea la viața socială nu scuză eșecul informării lor despre orice rezoluție preconizată de societate. Scăderea drastică a condițiilor de prezență și a majorităților calificate prin reforma societară din 2006 este menită să sancționeze absenteismul și apatia acționarilor și să permită funcționarea societară prin voințele acționarilor care înțeleg să participe la viața societară. Fenomenele de blocaj societar datorită dezinteresului acționarilor au fost soluționate prin eliminarea totală, în anumite situații, a cerințelor de cvorum. O asemenea reformă trebuia însă să accentueze cerințele de constituire a adunării și garantare a drepturilor acționarilor. Luarea deciziilor

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 606; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 315.

[2] *O. Căpățână*, op. cit., p. 85; *I. Turcu*, Dreptul afacerilor, op. cit., p. 189; *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 316. În sensul că sunt titluri speciale, corporative, societare, a se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 613.

[3] Doctrina reține împărțirea adunărilor generale în trei categorii: ordinare, extraordinare și constitutive. A se vedea *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 256; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 236.

[4] Legea societară definește acțiunile preferențiale cu dividend prioritar, fără drept de vot și adunarea specială corespunzătoare a deținătorilor de astfel de acțiuni [art. 95 alin. (1)]. O astfel de adunare nu are niciun rol în formarea voinței sociale. Caracterele acestei acțiuni exclud posesorii de la formarea voinței sociale, păstrându-le însă celelalte drepturi de acționar. A se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 221-222.

societare în orice condiții de prezență trebuie să fie dublată de garantarea înștiințării și informării acționarilor astfel încât absenteismul să nu fie provocat de clandestinitatea adunărilor generale.

Subsecțiunea 1. Constituirea și desfășurarea adunării generale

411. Importanța constituirii valabile a adunării generale. Hotărârile adunărilor generale, ordinare sau extraordinare, reflectă voința societății doar dacă ele emană de la o adunare legal constituită. În situația ratării cadrului instituțional de constituire hotărârea adunării este un act derizoriu supus nulității la cererea oricărui acționar sau persoane interesate. Tratarea cu ușurință de administrație a cerințelor de constituire a adunărilor generale este un act de iresponsabilitate care periclitează situația societății cu personalitate juridică. Există multe societăți care, ca o reflexie a statutului dominant al unui acționar și al administratorilor desemnați cu votul acestuia, tratează cu superioritate procesul decizional în adunările generale, la adăpostul puterii de vot deținute. În realitate această majoritate de vot are relevanță doar în cadrul unei adunări legal constituite și în interiorul normelor imperative societare. Dincolo de această premisă majoritatea nu produce niciun efect juridic recunoscut de lege.

412. Convocarea și publicitatea adunării generale. *Inițiativa convocării* adunării este o prerogativă importantă fiindcă doar ea dă prilejul constituirii adunării care trebuie să delibereze, și, mai ales, fixează, într-un mod pe care legea îl apreciază ca absolut necesar și aproape intangibil, problemele care fac obiectul deliberării în adunare. Importanța atribuției este relevată de interdicția, cvasi-generală, de deliberare asupra altor chestiuni decât cele cuprinse în convocatorul adunării. Ca regulă, această atribuție aparține nivelului administrativ (consiliu de administrație sau directorat) și cel puțin teoretic ea poate fi exercitată discreționar, de câte ori aceștia consideră necesar. Pentru a nu face din adunarea generală un prizonier al administrației, legea societară acordă dreptul de convocare a adunării și altor persoane. Astfel, prin reforma societară din anul 2006 a fost recunoscut dreptul acționarilor care reprezintă cel puțin 5% din capitalul social să obțină introducerea unor noi puncte pe ordinea de zi[1]. Cererea lor este însă înaintată administrației și supusă practice cenzurii acestora.

Convocarea în sine a adunării rămâne o prerogativă a nivelului administrativ. Remediul oferit de lege pentru acționari în privința inițiativei convocării adunării este dreptul acordat acționarilor reprezentând cel puțin 5% din capitalul social (sau o cota mai mică în cazul în care acționarii si-au rezervat statutar acest drept) să solicite nivelului administrativ convocarea unei adunări cu ordinea de zi cerută de ei. În acest caz administratorii trebuie să convoace de îndată adunarea generală, sub sancțiunea răspunderii penale. Cenzura administratorilor tot există, fiindcă cererea trebuie să cuprindă dispoziții ce intră în atribuțiile adunării, dispoziție ce trebuie înțeleasă însă ca privind tipul adunării convocate, nu lipsa de competență a acestui for decizional. Refuzul nejustificat de convocare deschide acestor acționari și calea convocării judiciare a adunării (art. 119 LS). Instanța de la sediul societății, în contradictoriu cu

[1] Art. 117[1] LS.

administratorii, poate autoriza convocarea adunării generale chiar de către acționarii care au formulat cererea, cu ordinea de zi cerută și persoana, dintre reclamanți, care o va prezida.

Termenele de convocare și întrunire a adunării sunt stabilite imperative de legea societară. Perioada de timp de la publicarea convocatorului și întrunirea adunării este de cel puțin 30 de zile, în vederea aducerii la cunoștința tuturor acționarilor a cuprinsului convocării. În cazul în care acționarii cu acest drept au uzat de facultatea lor de a cere introducerea de noi puncte pe ordinea de zi (drept care trebuie exercitat în termen de 15 zile de la publicarea convocatorului), ordinea de zi completată cu punctele propuse de acționari trebuie publicată, în aceleași condiții ca și convocatorul inițial, cu cel puțin 10 zile înaintea ținerii adunării generale.

Publicitatea convocatorului se realizează, cumulativ[1], prin publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a și într-un ziar de largă răspândire din localitatea sediului social. Formularea este oximoronică fiindcă largă răspândire într-o localitate poate să aibă și o gazetă de perete. Din această cauză cerința principală de publicitate a convocatorului rămâne publicarea în Monitorul Oficial. Reforma societară din 2006 a mai adăugat un mijloc de publicitate a convocatorului, *internetul*. Dacă societatea deține o pagina de internet proprie, convocarea, completarea convocării și satisfacerea dreptului de informare al acționarilor se realizează și prin publicare pe pagina de internet a societății. Deși deținerea unei pagini de internet nu este obligatorie, deținerea ei face din cerință de publicare o obligație imperativă și cumulativă cu celelalte două modalități obligatorii de publicitate.

Conținutul convocatorului este un alt element al esențial al procedurii. Convocatorul trebuie să conțină locul, data și ora adunării și menționarea explicită a tuturor problemelor care vor face obiectul dezbaterilor adunării, ordinea de zi adunării. Interdicția privind deliberarea adunării asupra altor probleme decât cele care au fost aduse la cunoștința acționarului prin convocator sau prin completarea lui, este un explicită.

De obicei administratorii prevăd posibilitatea neîntrunirii cvorumului legal și dispun prin conținutul aceluiași convocator data pentru *cea de-a doua convocare*. A doua adunare generală nu se poate întruni în chiar ziua fixată pentru prima adunare, de obicei fixându-se ziua următoare. Dacă totuși ziua pentru a doua adunare generală nu este menționată în primul convocator, adunarea se poate reconvoca într-un termen mult mai scurt, de opt zile. Practic acest sistem este ocolit, fiindcă înseamnă costuri de publicare duble pentru societate.

Pentru societățile pe acțiuni de dimensiune mică și acțiuni nominative legea prevede și alternativa convocării individuale a fiecărui acționar prin scrisoare recomandată [art. 117 alin. (4) LS]. Ca un semn de modernitate, cel puțin ca posibilitate teoretică, este permisă și convocarea folosind înscrisuri sub formă electronică, având incorporată semnătura electronică extinsă.

413. Dreptul la informare. Alături de convocare și publicitate, dreptul la informare este un alt element esențial al constituirii adunării generale. De fapt aceasta este dreptul

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 55/1995, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1995, op. cit., p. 265.

esențial recunoscut acționarilor care reprezintă premisa și pentru reglementarea convocării și publicității convocării. Constituirea adunării generale presupune crearea unui cadru de dezbateri ca premisă pentru exprimarea voturilor acționarilor în cunoștință de cauză. Simplul vot mecanic nu extrage în mod valabil o voință socială din voința asociaților. Dezbaterile, și premisa lor, informarea, reprezintă condițiile apriorice pentru emiterea unor hotărâri valabile.

Dreptul la informare cuprinde particularizări normative după obiectul dezbaterilor. Astfel, în cazul în care deliberarea privește *numirea nivelului administrativ*, acționarii sunt îndreptățiți să cunoască informații cu privire la numele, localitatea de domiciliu și calificarea profesională a persoanelor propuse pentru funcția de administrator. Aceste date trebuie să se afle la dispoziția acționarilor și să poată fi consultate de aceștia.

Dacă deliberarea privește modificarea actului constitutiv, convocarea va trebui să cuprindă textul integral al propunerilor.

O altă problemă ce necesită un nivel sporit de informare este momentul culminant al vieții societare anuale, aprobarea situațiilor financiare ale societății. Situațiile financiare anuale împreună toate anexele, inclusiv propunerea de repartizare a profitului, rapoartele anuale ale reprezentanților funcției administrative și ai funcției de control, trebuiesc puse la dispoziția acționarilor la sediul societății, începând cu data convocării adunării generale. Acționarii pot obține copii de pe aceste documente relevante pentru situația patrimonială a societății.

Dreptul la informare este completat și cu facultatea recunoscută fiecărui acționar de a solicita, în scris, nivelului administrativ lămuriri referitoare la activitatea și starea patrimonială a societății, înaintea datei de desfășurare a adunării generale. Administratorii trebuie să ofere acele lămuriri în adunare sau pe pagina de internet proprie dacă societatea deține așa ceva.

Din păcate dreptul la informare este tratat cu superficialitate de societăți, prea puțin interesate de dialogul cu micii acționari sau de o reală democrație societară. În lipsa unor sancționări severe nivelul administrativ poate să ignore acționarii mărunți, cu conștiința faptului că nu de votul lor depind mandatul și privilegiile lor.

414. Cvorumul. Condiția percepută ca fiind cea mai importantă pentru constituirea unei adunări generale și premisa oricărei deliberări este condiția de prezență. În lipsa atingerii pragului minim de prezență a acționarilor (în persoană sau prin reprezentare) adunarea generală este o simplă întrunire, fără niciun efect societar. Nu pot fi emise hotărâri statutare dacă adunarea generală nu este legal constituită. În privința cerințelor de prezență reforma societară din 2006 a reașezat funcționarea societară, în scopul evitării blocajelor în sistemul decizional. Cerința clasică de prezență, cu vechime în dreptul societar, de jumătate din numărul drepturilor de vot, a fost înlocuită cu cerințe mult diminuate (un sfert sau o cincime din drepturile de vot) sau a dispărut cu totul. Diferența clasică dintre tipurile de adunare, ordinară sau extraordinară, a rămas totuși incidentă.

415. Participarea la adunarea generală. Participarea la adunarea generală este un drept personal al acționarului derivat din posesia titlului său de valoare, acțiunea. Dreptul de participare la adunare anticipează dreptul de vot și este o condiție prealabilă

a acestuia. Societățile pe acțiuni se bucură de un regim aparte al titlurilor emise de acestea, regimul titlurilor negociabile. Transferul acestor titluri, independent de cerințe statutare și voința celorlalți acționari, asigură în mare parte succesul societăților de capitaluri. Libera transferabilitate a titlurilor face posibilă schimbarea proprietarului acțiunilor, cu toate drepturile atașate acestora, până în momentul deschiderii adunării. Mai ales societățile listate pot suferi modificări importante și continue de acționariat. Din această cauză societățile pe acțiuni conțin o reglementare specială în privința dreptului de participare la adunarea generală. Nivelul administrativ, consiliul de administrație sau directoratul, trebuie să stabilească o *dată de referință* pentru acționarii cu drept de participare și de vot în cadrul adunării generale. Reperul temporal respectiv rămâne valabil și pentru convocările ulterioare, din cauza neîntrunirii cvorumului. Cerința legală este ca data de referință să fie ulterioară publicării convocatorului și anterioară, în mod evident, datei pentru care este convocată adunarea generală (art. 123 LS). Rolul acestei date de referință este tocmai de a stabili acționarii îndreptățiți să exercite drepturile aferente acțiunilor, respectiv cei înscriși în registrul acționarilor societății sau în evidența furnizată de registrul independent al acționarilor de la data de referință.

În cazul de excepție în care acționarii posedă acțiuni la purtător aceștia își probează drepturile la data adunării prin depunerea fizică a acțiunilor la societate sau în locurile arătate prin convocator (un depozitar), până la data adunării.

Acționarii pot participa la adunarea generală personal (sau în persoana reprezentantului societății pentru persoane juridice) sau prin *reprezentare*, în baza unei împuterniciri speciale. Legea societară nu limitează reprezentarea la alți acționari după cum nici nu solicită o condiție de formă pentru procură.

Reprezentarea acționarilor în adunarea generală cunoaște totuși un regim special. Astfel, sub sancțiunea pierderii exercițiului dreptului de vot în acea adunare, procurile trebuie depuse la societate, în original, cu 48 de ore înainte de adunare (sau alt termen prevăzut de actul constitutiv), rămânând atașate la procesul-verbal pentru probarea constituirii legale a adunării. Procurile vor fi reținute de societate, făcându-se mențiune despre aceasta în procesul-verbal.

416. Exercitarea dreptului de vot. Dreptul de participare la adunarea generală precede și condiționează exercitarea dreptului de vot. Dincolo de acele condiții de participare, exercitarea dreptului de vot cunoaște și dispoziții specifice. În primul rând ea se supune principiului proporționalității, respectiv acționarii exercită dreptul lor de vot în adunarea generală, proporțional cu numărul acțiunilor pe care le posedă.

Legea societară stabilește câteva limitări în exercitarea drepturilor de vot deținute de acționari. Membrilor organelor administrative sau funcționarilor societății nu le este permis să reprezinte acționari, sub sancțiunea nulității hotărârii, dacă votul acestora este indispensabil formării majorității statutare [art. 125 alin. (5) LS].

În privința descărcării de gestiune sau a deliberării asupra problemelor care îl privesc pe administrator, acesta nu poate vota nici personal nici prin mandatar.

Acționarii sunt ținuți să se abțină de la vot dacă au într-o operațiune, personal sau ca mandatari ai altei persoane, un interes propriu care contravine interesului social.

Încălcarea acestei obligații atrage răspunderea patrimonială a acționarului dacă votul său este determinant în luarea hotărârii.

Reglementările privind înțelegerile asupra exercitării votului au cunoscut o evoluție și în dreptul societar român. Dacă legea societară interzicea în trecut orice convenție privind votul, în prezent interdicțiile au devenit mult mai bine definite. Convențiile dintre acționari sunt în prezent acceptate și de sistemul nostru societar, lăsând loc unor prevederi diferite. În declarația legii, dreptul de vot nu poate fi cedat. Norma este una generală și nedefinită. În această formă nu convențiile asupra votului sunt interzise, ci înstrăinarea dreptului de vot, separat de proprietatea asupra acțiunilor. Înțelegerile temporare privind exercitarea votului nu intră sub interdicția legală. Mai este declarată ca prohibită și înțelegerea prin care acționarul consimte să voteze în conformitate cu instrucțiunile date societate prin reprezentanți [art. 128 alin. (2) LS].

În privința formei votului, regula este aceea a votului deschis. Excepția, votul secret, trebuie să aibă un izvor normative expres, respectiv obligativitatea votului secret este cerută pentru numirea sau revocarea membrilor organelor administrative, a cenzorilor și a auditorilor financiari precum și pentru adoptarea hotărârilor referitoare la răspunderea membrilor organelor de administrare, de conducere și de control ale societății [art. 130 alin. (2) LS].

417. Desfășurarea adunărilor generale. Adunările generale reprezintă, de obicei, grupări mari de persoane care trebuie să respecte un adevărat ceremonial pentru verificarea condițiilor de constituire și abordarea ordinii de zi. Președinția adunării revine, ca regulă, președintelui consiliului de administrație, sau al directoratului, însă acesta poate transmite această onoare.

Secretariatul adunării are o componentă independentă, alcătuită din acționari aleși de adunare, care verifică constituirea adunării și o componentă tehnică, funcționari ai societății, care sprijină activitățile acestora și pe cele ale președintelui adunării. Toate aceste formalități, inclusiv certificarea prezenței acționarilor, pot fi îndeplinite de un notar public.

Atribuția principală a secretariatului constă în întocmirea *procesului-verbal al adunării* care va conține dezbaterile în totalitate, hotărârile adoptate și modul de adoptare. Acest înscris este semnat de președinte și secretar și, împreună cu actele referitoare la convocare și listele de prezență a acționarilor, face dovada îndeplinirii condițiilor de constituire și de deliberare a adunării.

Procesul-verbal respectiv este înregistrat de societate în registrul adunărilor generale, ținut prin grija administratorilor. În privința hotărârilor adoptate, acestea sunt înaintate la registrul comerțului pentru înregistrare și publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, pentru opozabilitate față de terți.

Subsecțiunea a 2-a. Adunările generale ordinare

418. Competențe. Adunarea generală ordinară este cadrul instituțional cu plenitudine de competență în materie societară. Exceptând problemele atribuite unor alte adunări, în cazurile prevăzute de lege, ori de câte ori este necesară o hotărâre statutară

adunarea generală ordinară este competentă să emită o decizie care exprimă voința socială.

Competențele exprese ale adunării generale ordinare sunt în mare parte obligații care revin societății pentru satisfacerea cerințelor financiare, funcționale sau de protecție a terților. Acestea privesc discutarea și aprobarea situațiilor financiare anuale, pe baza rapoartelor prezentate de consiliul de administrație, directorat și consiliul de supraveghere, de cenzori sau de auditorul financiar. Una din finalitățile așteptate de acționari este individualizarea dividendului, când adunarea a hotărât repartizarea profitului în acest mod. Pentru satisfacerea acestor atribuții adunarea generală ordinară, anuală, se întrunește în cel mult 5 luni de la încheierea exercițiului financiar. Tot acestei adunări îi revine sarcina regularizării funcțiilor sociale subordonate, de administrare și control. În acest scop adunarea generală ordinară alege, stabilește indemnizația, revocă, se pronunță asupra descărcării de gestiune în privința membrilor consiliului de administrație, respectiv ai consiliului de supraveghere, în privința cenzorilor sau a auditorilor financiari în cazul societăților ale căror situații financiare sunt auditate. Tot adunarea ordinară stabilește bugetul de venituri și cheltuieli și direcțiile de activitate pentru exercițiul financiar în curs precum și gajarea, închirierea sau desființarea uneia sau a mai multor unități ale societății (când actele juridice nu depășesc anumite praguri legale ce pot atrage competența unei alte adunări).

419. Cvorum și deliberare. În cadrul instituționalizat al acestei adunări legiuitorul a stabilit condiția minimă de cvorum și majoritate pentru a se forma valabil voința socială. Reforma sistemului societar din 2006 a însemnat schimbarea opticii normative în privința funcționării adunărilor generale. Pe fondul dezinteresului sesizat al acționarilor pentru viața socială și sincopele create de acest fenomen, legiuitorul a înțeles să adopte o poziție extremă. Voința socială trebuie conferită acționarilor interesați de viața socială, iar refuzul participării la viața socială nu trebuie să impieteze asupra funcționării decizionale a societății. În mod tradițional pentru validitatea deliberărilor adunării ordinare era necesară prezența acționarilor care să reprezinte cel puțin jumătate din capitalul social, iar hotărârile să fie luate de acționarii ce dețin majoritatea absolută din capitalul social reprezentat în adunare, dacă în actul constitutiv sau în lege nu se prevedea o majoritate mai mare. Dacă adunarea nu poate lucra din cauza neîndeplinirii condițiilor de cvorum adunarea convocată la a doua convocare putea să delibereze asupra problemelor puse la ordinea de zi a celei dintâi adunări, oricare ar fi partea de capital social reprezentată de acționarii prezenți, cu majoritate. Legea societară a revizuit drastic aceste cerințe clasice. În primul rând condițiile statutare de prezență și de deliberare în vigoare conțin o revizuire sensibilă, dar importantă, în privința raportării lor la drepturile de vot, nu la capitalul social al societății. Proporționalitatea stabilită astfel este una mai exactă fiindcă înlătură de la baza de calcul drepturile de vot suspendate (de exemplu, în cazul acțiunilor proprii deținute de societate) și aflate în imposibilitate legală sau statutară de exprimare. În privința pragului de constituire a adunării generale ordinare, acesta este stabilit pentru *prima convocare* la o pătrime din numărul total de drepturi de vot, dacă actul constitutiv nu prevede majorități mai ridicate. Condiția de deliberare este majoritatea voturilor exprimate, care poate fi calificată și ea prin actul constitutiv (art. 112 LS).

Pentru *a doua convocare* a adunării generale ordinare, pricinuită din lipsă de cvorum, adunarea nu mai cunoaște cerințe de constituire, respectiv ea poate să delibereze asupra punctelor de pe ordinea de zi indiferent de prezența acționarilor, luând hotărâri cu aceeași majoritate a voturilor exprimate. Noutatea societară constă în acest punct doar în interdicția stabilirii statutare de condiții de cvorum sau de majorități calificate de deliberare. Legea împiedecă astfel, strict pentru această situație, instituirea unor blocaje potențiale pe cale statutară care să anuleze strădania legiuitorului.

Subsecțiunea a 3-a. Adunarea generală extraordinară

420. Competențe. Atribuțiile adunării generale extraordinare sunt unele speciale. Conferirea lor trebuie să aibă un izvor legal sau statutar expres. Dincolo de aceste premise adunarea generală competentă va fi doar adunarea generală ordinară.

Adunarea generală extraordinară se întrunește ori de câte ori este necesar a se lua o hotărâre pentru: schimbarea formei juridice a societății, mutarea sediului societății, schimbarea obiectului de activitate al societății, înființarea sau desființarea unor sedii secundare (sucursale, agenții, reprezentanțe sau alte asemenea unități fără personalitate juridică), prelungirea duratei societății, majorarea capitalului social, reducerea capitalului social sau reîntregirea lui prin emisiune de noi acțiuni, fuziunea cu alte societăți sau divizarea societății, conversia acțiunilor dintr-o categorie în cealaltă, conversia unei categorii de obligațiuni în altă categorie sau în acțiuni, emisiunea de obligațiuni sau oricare altă modificare a actului constitutiv (art. 113 LS). Alături de aceste atribuții care țin de redimensionarea statutară (modificarea actului constitutiv) adunarea generală extraordinară mai este competentă în privința oricărei hotărâri dată în competența ei pe cale legală sau statutară. Cerințele de prezență și majoritate de deliberare au cunoscut și ele redimensionări prin reforma societară din 2006. În stil tradițional, cerințele de cvorum și majoritate ale adunării generale erau unele ridicate și calificate, în considerarea faptului că această adunare nu exprimă o voință socială propriu-zisă, ci o voință a acționarilor în privința modificărilor de acte constitutive. Din această cauză condițiile ridicate de deliberare trebuie să fie mai aproape de natura contractuală, iar eventualele imposibilități de deliberare nu impietează asupra funcționării societății, ci conservă doar arhitectura societară de la înființarea societății, realizată pe baza principiului contractual al unanimității. Pentru validitatea deliberărilor adunării generale extraordinare, când actul constitutiv nu dispunea altfel, erau necesare, la prima convocare, prezența acționarilor reprezentând trei pătrimi din capitalul social, iar hotărârile se luau cu votul unui număr de acționari care să reprezinte cel puțin jumătate din capitalul social; la convocările următoare era necesară prezența acționarilor reprezentând jumătate din capitalul social, iar hotărârile puteau fi luate cu votul unui număr de acționari care să reprezinte cel puțin o treime din capitalul social[1].

În prezent cerințele sunt diminuate considerabil, cu aceeași finalitate de a facilita ușurința procesului decizional. Astfel, pentru constituirea adunării generale extraordinare este necesară, la *prima convocare*, prezența acționarilor deținând cel puțin o

[1] Art. 115 LS, în forma în vigoare până la data de 1.12.2006, înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 441/2006.

pătrime din numărul total de drepturi de vot, iar la *convocările următoare*, prezenta acționarilor reprezentând cel puțin o cincime din numărul total de drepturi de vot. Adunarea generală extraordinară nu renunță deci la cerințele de cvorum dincolo de prima convocare, acestea fiind doar sensibil diminuate. Această adunare nu se poate constitui indiferent de prezență, chiar dacă pragul este relativ mic. Mai mult, acționarii nu au nicio interdicție de instituire de condiții statutare de constituire a adunării mult mărite.

În privința principiului decizional, legea societară preferă să abdice de la folosirea unui principiu unic și revine la concepția vechiului Cod comercial, abrogat. Astfel, majoritățile calificate sunt instituite în observarea obiectului deliberării, nu neapărat în considerarea tipului de adunare (extraordinară). În acest mod adunarea are un principiu deliberativ comun, al majorității voturilor deținute de acționarii prezenți sau reprezentați și un principiu de excepție, de cel puțin două treimi din drepturile de vot deținute de acționarii prezenți sau reprezentați. Această ultimă cerință este strict rezervată deciziilor de modificare a obiectului principal de activitate al societății, de reducere sau majorare a capitalului social, de schimbare a formei juridice, de fuziune, divizare sau de dizolvare a societății (art. 115 LS). În cazul altor atribuții ale adunării generale extraordinare, stabilite normativ, legiuitorul se simte dator să se refere și la cerințele de adoptare în considerarea faptului că acestea nu mai au un regim uniform în privința adunării generale extraordinare.

421. Delegarea de competențe. Specific adunării generale extraordinare este posibilitatea legală de delegare, limitativă, din competențele ei, către nivelul de administrare. Adunarea generală ordinară nu permite așa ceva datorită rolului ei de depozitar al voinței sociale propriu-zise, de organ suprem, de mandant din punct de vedere contractual, față de nivelul administrativ. Acest nivel administrativ este supus obligației de îndeplinire a hotărârilor adunării generale ordinare, este un organ executiv care primește împuterniciri, nu delegări de competențe.

Legea societară vorbește de *delegarea exercițiului unor atribuții* însă interpretarea nu poate privi decât atribuția în sine, nu doar executarea ei, atribuție care revenea oricum administratorilor.

Regimul delegării este instituit din considerente de operativitate societară. Adunarea generală este un organ instituționalizat greoi și costisitor, prin cerințele de constituire legală a adunării. Chiar și în aceste condiții regimul delegării este unul restrictiv și limitativ. Delegarea poate fi realizată doar pentru atribuțiile prevăzute de lege și doar în forma edictată normativ. Astfel, delegarea poate privi doar modificările de acte constitutive privind *mutarea sediului societății, schimbarea obiectului de activitate*, cu excepția domeniului și activității principale a societății și *majorarea capitalului social* al societății. Cerința de formă în privința delegării este satisfăcută odată cu dispunerea ei prin actul constitutiv sau prin hotărâre a adunării generale extraordinare a acționarilor.

Delegarea atribuției majorării capitalului social cunoaște mai multe restricții temporale și materiale. Astfel, organul de administrare poate fi autorizat pentru o perioadă limitată, de maxim cinci ani de la data înmatriculării societății, sau de la data modificării actului constitutiv în privința acestei atribuții, să majoreze capitalul social

subscris[1]. Legea introduce noțiunea de *capital autorizat* ca limită maximă până la care capitalul social poate fi majorat pe calea delegării, limită ce nu poate depăși cu mai mult de jumătate capitalul social subscris existent în momentul autorizării. Din punct de vedere al formei delegarea competenței de majorare a capitalului social este mai restrictivă. Este impusă strict *delegarea statutară*, fie de la constituirea societății, fie pe calea modificării în acest sens a actului constitutiv.

Corelativ delegării de atribuții, cenzura legalității deciziilor administrative privind exercițiul acestor atribuții este realizată pe căile conferite pentru cenzura hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor. Practic deciziile administrației adoptate prin delegare de competențe împrumută regimul acțiunii în anulare sau nulitate propriu hotărârilor adunării generale. Soluția este una expresă pentru atribuțiile privind mutarea sediului și schimbarea obiectului de activitate [art. 114 alin. (3) LS]. Din păcate, și această deficiență este una necesar de remediat *de lege ferenda,* legiuitorul a omis să realizeze aceeași asimilare și în privința deciziilor emise în realizarea atribuției delegate a majorării de capital social.

Subsecțiunea a 4-a. Anularea hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor

422. Reglementări comune. Hotărârile luate de adunările generale ale acționarilor cu respectarea legii și a actului constitutiv sunt obligatorii pentru toți acționarii, inclusiv pentru cei care nu au luat parte la adunare sau au votat contra. În schimb hotărârile adunării generale contrare legii sau actului constitutiv sunt supuse acțiunii în anulare sau nulitate la cererea acționarilor care nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra și au cerut să se insereze aceasta în procesul-verbal al ședinței [art. 132 alin. (2) LS]. Legea stabilește astfel condiții speciale în privința exercitării *dreptului de acțiune*: calitatea de acționar și cerința neprezentării la adunare sau a votului negativ și consemnarea acestuia în procesul-verbal al adunării.

Termenul de exercitare a acțiunii este de 15 zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României a hotărârii adunării generale. Când se invocă motive de nulitate absolută, dreptul la acțiune este imprescriptibil, iar cererea poate fi formulată de orice persoană interesată.

Dreptul de exercitare a acțiunii este conferit și administratorilor societății, legea nefăcând distincție după cum aceștia au sau nu au și calitatea de acționar. Dacă hotărârea este atacată de toți administratorii, regulile speciale de reglementare impun ca societatea să stea în justiție printr-o persoană desemnată de președintele instanței, dintre acționarii ei, până ce adunarea generală, convocată în acest scop, va alege un mandatar propriu. Acțiunea în anulare a administratorilor împotriva hotărârii prin care aceștia au fost revocați este inadmisibilă.

Jurisprudența s-a pronunțat în sensul că în cazul acțiunii în anularea hotărârilor nu este vorba de valorificarea unor pretenții patrimoniale legate de un act juridic nul, pentru care dreptul la acțiune se naște la data rămânerii definitive a hotărârii prin care

[1] Art. 220[1] LS.

se constată nulitatea acelui act, astfel încât aceasta se poate cere doar în termenele prevăzute legea societară, nu în termenul general de prescripție de drept comun[1].

Din punct de vedere *procedural* cererea în anulare se va introduce la tribunalul pe raza teritorială unde societatea își are sediul. Dacă mai mulți acționari exercită acțiunea împotriva aceleiași hotărâri a adunării generale cererile pot fi conexate. În fapt conexarea este în interesul societății, pentru că obținerea de hotărâri contradictorii nu are relevanță din perspectiva autorității de lucru judecat, în lipsa identității de părți. Este suficient ca una dintre acțiuni să fie admisă, indiferent de soluțiile din celelalte cauze, pentru ca efectele nulității să fie depline în privința hotărârii adunării generale: lipsirea totală de efecte juridice a hotărârii. Cererea se judecă în camera de consiliu, jurisprudența apreciind că excepția respectivă este valabilă doar pentru fondul cauzei. Hotărârea judecătorească pronunțată este supusă, prin excepție, numai apelului. În acord cu regulile de publicitate societară, și simetric publicării hotărârii adunării generale, hotărârea judecătorească definitivă de anulare va fi menționată în registrul comerțului și publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, de la această dată fiind opozabilă tuturor acționarilor.

Procedura aferentă materiei reglementează și o cale vremelnică a *suspendării executării hotărârii* adunării generale a acționarilor, pe cale de ordonanță președințială. Încuviințarea suspendării se poate obține doar cu condiția achitării unei cauțiuni.

423. Nulitatea hotărârilor adunărilor generale ale societăților cu personalitate juridică, o nulitate comună de drept comercial. Contrar unor nulități comerciale *sui generis,* cu geometrii normative proprii și proiecții contrastante în planul nulității de drept comun, nulitatea actelor de deliberare a adunărilor generale ale societăților reprezintă o reîntoarcere la o nulitate clasică care se manifestă cu toate forțele ei, fără îngrădiri deosebite de drept material[2].

Prima întrebare este dacă această nulitate este cea de drept comun sau, prin reglementarea nulităților comerciale *sui generis* și desprinderea unor adevărate principii de drept societar (protecția „circuitului comercial", a terților contractanți, „salvgardarea" prin primatul remedierii premergătoare sancțiunilor de drept civil de tip nulitate etc.), domeniul dreptului comercial a dobândit cumva prin medierea unor asemenea principii o nulitate (sancțiune comercială) proprie în care se înscrie și această nulitate. Dacă nu cumva nulitățile *sui generis* trebuie convertite într-o sancțiune proprie de drept comercial, sancțiune care să continue în acest domeniu funcțiile clasice ale nulității de drept comun.

Caracterul special al nulității în domeniul comercial ar fi dat de aplicarea ei la raporturi juridice de drept comercial și de eventualele norme speciale (de drept material și procesual) reglementate în corpul normativ al acestei ramuri de drept. Mai ales în condițiile integrării dreptului comercial în dreptul civil nu putem însă delimita o nulitate de ramură, uniformă în domeniul comercial.

Din această perspectivă nulitatea hotărârilor adunărilor generale ale societăților este așteptată să urmeze cerințele unei nulități clasice, cu toate principiile și efectele ei.

---

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 249/1997, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1997, Ed. Argessis, Curtea de Argeș, 1998, p. 406.

[2] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit., p. 122.

Totuși influența nulităților *sui generis* și contaminarea de către acestea a nulității clasice, nu poate trece neobservată, cel puțin în jurisprudența aferentă domeniului societar.

424. Acțiunea în anularea hotărârilor adunărilor generale. Condiții de exercitare. Dintre acțiunile civile din perimetrul funcționării societăților cu personalitate juridică acțiunile în anularea hotărârilor adunărilor generale ale societăților ocupă de departe o poziție privilegiată prin volumul, jurisprudența și doctrina relevantă acumulată.

Dacă doctrina este, în marea sa majoritate, convergentă în privința conturului și caracteristicilor acestei nulități speciale exprese, jurisprudența are o evoluție mult mai sinuoasă, și, urmând parcă preceptul „viața găsește întotdeauna o cale", iese cu ușurință din matca doctrinei pentru a se revărsa în domenii negândite de teoreticieni.

Acțiunea în anulare sau în nulitatea (ca să distingem, într-un limbaj încetățenit, între nulitatea relativă și nulitatea absolută) hotărârilor adunărilor generale este o acțiune specială care se bucură de o reglementare a conturului său de către legiuitor. Avantajul fixării normative a condițiilor de exercitare a acțiunii scutește, în limitele reglementării, de recursul la condițiile generale de exercitare a acțiunii civile. Față de trasarea exactă a cerințelor privind calitatea procesuală, activă și pasivă, de cerințele intrinseci privind dreptul subiectiv (decurgând din calitatea de acționar, de titular al drepturilor derivând din proprietatea asupra acțiunilor), acțiunea specială se conturează clar față de cerințele generale de exercitare a acțiunii civile.

425. Problematica interesului în contextul acțiunii speciale în anularea hotărârilor adunărilor generale. Condiții speciale de exercitare a acțiunii în anulare. Reglementarea specială rezolvă și cerința interesului, condiție imanentă a exercitării dreptului la acțiune. Atât timp cât acțiunea specială creată de legea societăților își desemnează exact destinatarii, cât timp este conferită acționarilor care „nu au luat parte la adunarea generală sau care au votat contra și au cerut să se insereze aceasta în procesul-verbal al ședinței", verificarea separată a condiției interesului apare ca inutilă. Cât timp sfera destinatarilor acțiunii este legal delimitată, intruziunea magistratului în această sferă apare ca o știrbire a autorității normei, un adaos incompatibil cu aplicarea directă a unui text care nu are nevoie de interpretare, ci de aplicare imediată.

Croind în modul reglementat acțiunea în anulare, legiuitorul recunoaște în mod general existența unui interes al acționarilor societății care poate fi justificat, dacă se consideră necesar, folosind principiile și caracteristicile recunoscute construcției societare. Dar nu poate fi refuzat celor cărora legea le conferă explicit dreptul la acțiune.

O asemenea justificare doctrinară comună pleacă de la principiul asocierii în vederea săvârșirii în comun de acte și fapte de comerț, de la acel *affectio societatis* care este recunoscut în cazul tuturor societăților cu personalitate juridică, de la societățile de persoane până la societățile pe acțiuni tranzacționate pe piețe reglementate, cu un număr impresionant de acționari și o diluare evidentă a legăturilor directe între acționari. Acceptând pre-existența unei asemenea înclinații spre conlucrare în forma societară, verificarea separată, particulară, a interesului apare ca tautologică. Dacă am decis că genul acționarilor posedă în mod imanent satisfacerea cerinței interesului social, verificarea particulară apare ca inutilă. Dacă am convenit că omul este un

animal biped nu ajută la nimic să numărăm picioarele fiecărui individ în parte. Nici distincția între un interes generic, potențial și un interes concret, actual, direct aplicabil raportului juridic concret nu poate fi primită. Pentru a fi valorificat ca interes, în privința exercitării unei acțiuni judiciare, interesul nu poate fi decât „legitim, personal, născut și actual"[1] astfel încât diferențierea potențial/actual este ineficientă.

Repetăm, „justificarea" interesului nu poate avea decât un interes restrâns, doctrinar, pentru luminarea scopurilor reglementării, pentru că o abordare cazuistică a probării interesului riscă să adauge la reglementare. În acest punct ne aliem uneia dintre concluziile instanței supreme, din păcate nesusținută și nereiterată în mod consecvent: „Cât privește interesul de a se promova o cerere în anularea hotărârii adunării generale, din dispozițiile art. 131 alin. (2) [art. 132 în prezent (*n.n.*) LS] rezultă că o astfel de acțiune este la îndemâna acționarilor, iar interesul pentru respectarea unor dispoziții legale nu trebuie demonstrat în mod expres"[2].

426. Anularea și constatarea nulității. Acțiunea în anulare acordată acționarilor nu are o conformație esențial diferită în funcție de tipul de nulitate (relativă sau absolută) – exceptând termenul de prescripție (15 zile de la publicarea hotărârii în Monitorul Oficial, respectiv imprescriptibilă). Reglementând condițiile de exercitare (cerințele pentru legitimarea calității procesuale) legiuitorul pare să se refere la orice „atac în justiție" în privința hotărârilor adunărilor generale contrare legii sau actului constitutiv. Cu alte cuvinte, condițiile speciale privind calitatea procesuală par a fi menținute implicit, indiferent de calificarea nulității. Pentru a înlătura orice obscuritate, ne referim la verificarea calității procesuale pentru acționarii care nu respectă cerințele speciale (au votat pentru hotărâre în adunarea generală, de exemplu), dar invocă motive de nulitate absolută în acțiunea lor împotriva hotărârii adunării.

Trebuie să spunem că această lectură a normei legale relevante nu este unică, și nici măcar cea mai consistentă cu principiile nulității. Dreptul comun al sancțiunii nulității reține că diferența de domeniu între nulitatea relativă și absolută privește în principal sfera persoanelor cu calitate procesuală, termenul de exercitare a dreptului la acțiune și mai puțin efectele în sine ale nulității; cu o excepție notabilă, cea a teoriei confirmării actului juridic, respectiv actele atinse de o nulitate calificată ca fiind absolută nu pot fi confirmate, nu pot fi ratificate în mod expres sau implicit prin neexercitarea acțiunii în nulitate. Ducând mai departe raționamentul, chiar în situația în care au votat (și-au exprimat consimțământul în favoarea actului juridic, a hotărârii adunării generale), acționarii care invocă motive de nulitate absolută ar avea deschisă calea acțiunii pentru simplul fapt că o asemenea nulitate nu poate fi înlăturată sau confirmată prin nicio manifestare ulterioară de voință.

Cele două abordări care se disting nu sunt neapărat divergente. Nerecunoașterea calității procesuale pentru acționarii care au votat în favoarea hotărârii nu echivalează cu confirmarea actului cât timp calea acțiunii rămâne deschisă pentru restul acționarilor care-și conservă calitatea procesuală precum și pentru restul persoanelor interesate.

---

[1] *V.M. Ciobanu*, Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. I (Teoria generală), Ed. Național, București, 1996, p. 273.

[2] I.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 5930/2005 (*nepublicată*), dosarul nr. 1399/2005 (stil vechi).

Imposibilitatea confirmării actului ține până la urmă de sfera subiecților care au deschisă calea dreptului la acțiune. Dacă în privința nulității relative aceasta este limitată la părțile raportului juridic, în privința nulității absolute aceasta este teoretic nelimitată. Înlăturarea de la beneficiul acestei acțiuni a unor persoane (a acționarilor care au votat, de exemplu, în favoarea hotărârii adunării generale a acționarilor) nu echivalează cu confirmarea actului în cauză față de sfera, rămasă tot nelimitată, a subiecților cu calitate procesuală activă.

Apreciem că art. 132 alin. (2) din Legea societăților (LS) reglementează nulitatea, în general, a hotărârilor adunărilor generale, indiferent de calificarea nulității. Din această perspectivă calitatea procesuală activă, specială, trebuie verificată în toate cazurile. Interpretarea teleologică a normei conduce la acest final. Scopul reglementării este de a acorda legitimitate procesuală acționarilor care nu au votat în favoarea hotărârii adunării generale. Alineatul următor nu face decât să întărească un caz special de nulitate, caz care urmează regimul din dreptul comun, inclusiv în privința imprescriptibilității. Norma legală prezentă nu face decât să reafirme soluțiile generale de drept comun, în privința nulității absolute.

Dacă din punct de vedere logic o asemenea repetare a regimului comun al nulității apare ca inutilă, perspectiva istorică justifică un asemenea demers. Sub imperiul normei anterioare, care nu distingea în privința tipului de nulitate care face obiectul acțiunii, s-a statuat, în mod evident îndoielnic, că în privința acțiunii în anulare termenul de exercitare a acțiunii este un termen de prescripție special cu aplicare generală (inclusiv în privința nulității absolute) care înlătură inclusiv imprescriptibilitatea nulității absolute. Refuzând calificarea după tipul de nulitate invocat (ca ineficientă juridic), jurisprudența a extras o derogare de la regimul imprescriptibilității nulităților absolute prin acceptarea (din păcate implicită, lucru inacceptabil în privința construirii unor excepții de la regulă) unui termen de prescripție special și general aplicabil de 15 zile. Am apreciat, alături de majoritatea doctrinei, o asemenea soluție ca eronată. Orientarea jurisprudenței, în mod cvasi-total, în această direcție de interpretare a făcut necesară reglementarea explicită a regimului de drept comun al nulităților absolute pentru a asigura reîntoarcerea în normalitate.

În prezent imprescriptibilitatea și sfera persoanelor cu calitate procesuală este fixată normativ.

427. Acțiunea în nulitate. Acțiunea în nulitatea (absolută) a hotărârilor adunărilor generale este conferită și terților. În privința lor, a persoanelor care nu au vocația de a vota în adunările generale, condițiile speciale de legitimare procesuală activă nu pot funcționa (dar nu credem că acest fapt ar duce la neaplicarea lor și în cazul acționarilor care invocă o nulitate absolută). În privința lor acțiunea rămâne să verifice condițiile generale de exercitare, inclusiv în privința interesului. Doar în această situație, precum în orice acțiune în nulitate intentată de o parte străină de raportul juridic supus judecății, problematica interesului devine aplicabilă. Norma juridică nu face în acest caz decât să reafirme disponibilitatea acțiunii pentru persoanele de drept, în forma comună de exercitare a sa. Lipsa unei construcții speciale a acțiunii, precum în situația acționarilor, necesită reîntoarcerea la verificarea tuturor condițiilor comune de exercitare. Soluția este una așteptată fiindcă în lipsa calității de acționar teoria acțiunii sociale, a intenției

de asociere şi conlucrare, dezvoltările privind *affectio societatis* în general, sunt înlăturate. Terțul nu are un interes social explicit, acționează din imboldul unor cauze juridice şi interese proprii care trebuie identificate pentru verificarea validității juridice. Asta nu înseamnă că nu există şi calificări singulare în jurisprudență după care, indiferent de titularul acțiunii, interesul în promovarea acțiunii trebuie să fie „un interes social, în beneficiul societății şi al acționarilor ei, care trebuie să caracterizeze orice acțiune în anulare", nu un interes particular[1]. Acțiunea în nulitate apare în modul prezentat ca dihotomică. Ea are o configurație specială doar în privința acționarilor, rămânând o acțiune de drept comun pentru restul persoanelor.

Nu respingem *ab initio* interpretarea unitară a acțiunii în nulitate absolută prin înlăturarea aplicării în acest caz a condițiilor speciale de exercitare şi pentru acționari, respectiv restrângerea condițiilor speciale privind calitatea procesuală (modul de exercitare a votului pentru acționari) strict la acțiunea în anulare [relativă, întemeiată pe dispozițiile art. 132 alin. (2) LS]. O asemenea interpretare nu pare însă să reziste unei analize sistematice a întregului articol din Legea societăților. Instituirea explicită a unei acțiuni în nulitate absolută nu derogă în mod expres de la cerințele ante-fixate deja ca regulă în privința calității procesuale a acționarilor.

428. Condiții juridice de exercitare a acțiunii. Analiza jurisprudenței. În privința condițiilor de exercitare a acțiunii în anularea hotărârilor adunărilor generale instanțele de judecată introduc în mod constant propriile nuanțări care nu fac, în multe situații, decât să adauge nepermis la construcția legală clară a acțiunii.

Astfel, se susține că „(...) cât timp reclamanta nu face dovada unei vătămări a drepturilor sale, pornind de la caracterul nulității, aserțiunea (...) urmează să fie respinsă (...)"[2]. Sau „(...) suntem în prezența unei nulități relative (...), reclamanta fiind îndatorată în a dovedi vătămarea; ori, în speță (...) vătămarea nu decurge din nicio altă împrejurare"[3].

Acest tip de abordare nu este unul limitat: „(...) nu a făcut dovada vreunei vătămări a drepturilor sale, împrejurare în raport de care ar putea pretinde anularea hotărârilor (...)"[4].

Alteori instanțele de judecată, simțind faptul că noțiunea de *vătămare* este străină de regimul nulităților de drept material, o circumscriu unei condiții generale de exercitare a acțiunii, interesul: „Art. 132 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 reglementează cazurile în

---

[1] I.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 537/2007: „Astfel configurat, vizând numai relația cu administratorul unic al societății, interesul reclamanților în promovarea acțiunii de constatare a nulității absolute a hotărârilor adunării generale, a fost unul particular, iar nu un interes social, în beneficiul societății şi al acționarilor ei, care trebuie să caracterizeze orice acțiune în anulare, întemeiată pe dispozițiile Legii societăților comerciale, materie în care nulitatea nu prezintă caracterul distructiv din dreptul comun, *fiind remediabilă* (*s.n.*)".

[2] Trib. Constanța, Secția comercială, contencios administrativ şi fiscal, sentința nr. 33/2007 (*nepublicată*).

[3] Trib. Constanța, Secția comercială, contencios administrativ şi fiscal, sentința nr. 33/2007 (*nepublicată*).

[4] C.A. Constanța, Secția comercială, maritimă şi fluvială, contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 169/2007 (*nepublicată*).

care hotărârile adunărilor generale ale acționarilor sunt atacate pentru motive ce țin de nulitatea relativă, deoarece în art. 132 alin. (3) se prevede expres situația nulității absolute care poate fi invocată de orice persoană interesată, interesul fiind legat de producerea unei vătămări pe care în speță apelanta nu a dovedit-o"[1]. Verificări proprii ale instanțelor de judecată în privința interesului (și a vătămării) în persoana acționarilor care exercită acțiunea în anulare sunt o constantă a hotărârilor pronunțate: „Nefiind o nulitate absolută expresă, reclamanta avea obligația să dovedească eventuala vătămare suferită prin nerespectarea termenului prevăzut de textul legal menționat. Or, (...) aceasta nu a suferit nicio vătămare a drepturilor și intereselor sale. Pentru a interpreta motivul invocat de reclamantă cu privire la nerespectarea dispozițiilor art. 246 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 ca o cauză de nulitate absolută expresă era necesar ca legiuitorul să o menționeze ca atare sau, așa cum am arătat și reiterăm norma legală respectivă să facă referire la aspecte ce țin de ordinea publică și bunele moravuri și de ocrotirea interesului general. În condițiile în care textul de lege este menit să ocrotească interesele acționarilor și din moment ce interesul acestora nu a fost nesocotit sau încălcat, apreciem ca neîntemeiate susținerile reclamantei"[2].

Nuanțările și calificările proprii instanțelor de judecată în materia acțiunii în anulare înlătură un determinism normativ clar și fac din nulitate o sancțiune judiciară aplicată cu mare libertate de instanță în funcție de aprecierea proprie a „vătămării", „ordinii publice", „interesului ocrotit" etc. Practica sancționatorie penală, căreia îi sunt comune pericolul social concret, dar și individualizarea în concret a sancțiunii aplicate, după persoana sancționată, circumstanțele reale și personale, pare să ispitească și unele instanțe civile care și-o însușesc în mod nelegitim.

429. Vătămarea și interesul în promovarea acțiunii în anulare. Analiza jurisprudenței. Motivările privind lipsa „caracterului expres al nulităților" și aprecierea privind necesitatea „probării unei vătămări" sunt prezente și în practica Înaltei Curți de Casație și Justiție: „În speță se constată că instanțele au făcut o corectă aplicațiune a dispozițiilor Legii nr. 31/1990, republicată, reținând că situația neprezentării în termen de 15 zile a situațiilor financiare, nu constituie un caz de nulitate absolută expres prevăzută de lege. Astfel că, cerința informării acționarilor privind situația financiară a societății, pusă la dispoziție de pârâtă acestora la 21 aprilie 2004, acordă un termen suficient pentru luarea la cunoștință, această împrejurare nefiind dovedită a cauza vreun prejudiciu acționarilor"[3].

---

[1] C.A. Ploiești, Secția comercială și de contencios administrativ, decizia nr. 165/2006 (*nepublicată*), menținută prin decizia I.C.C.J. din 7.06.2007, dosarul nr. 5922/42/2006.

[2] Trib. București, Secția a VI-a comercială, sentința nr. 4914/2005, dosarul nr. 3447/2005 (*nepublicată*).

[3] I.C.C.J., decizia nr. 5142/2005, dosarul nr. 917/2005 (*nepublicată*), menținând decizia Curții de Apel Ploiești care motivează și mai tranșant: „(...) primul motiv se va respinge ca nefondat, Curtea constatând că nu a fost încălcat dreptul de informare al apelanților, deoarece documentele financiar-contabile au fost puse la dispoziția acestora, nerespectarea termenului de 15 zile nu constituie motiv de nulitate absolută, ci doar de nulitate relativă" (C.A. Ploiești, Secția de contencios administrativ și comercial, decizia nr. 15/2005, dosarul nr. 9960/2004).

Soluțiile ante-citate sunt criticabile față de confuziile sau delimitările artificiale făcute. Deşi poate fi privit ca un fetiş juridic, folosirea vătămării în afara nulităților procesuale induce o mixare nepermisă a normelor de drept procesual civil cu instituția nulității de drept comun (substanțial).

Instanțele aplică în mod eronat instituția nulității actelor de procedură în materia nulității de drept material. Nulitatea hotărârilor adunărilor generale este, în afară de orice dubiu, o nulitate de drept substanțial reglementată în mod special de legiuitor.

Instituția nulității de drept comun nu cunoaşte condiționarea aplicării ei de existența vreunei vătămări care nu poate fi înlăturată în alt mod. Suntem în prezența unei sancțiuni generale de drept comun constând în lipsirea de efecte a actelor juridice încheiate cu neobservarea condițiilor edictate pentru încheierea lor valabilă.

Temeiul juridic al nulității hotărârilor adunărilor generale este reprezentat de normele cuprinse în art. 132 LS, nu de reglementarea procedurală civilă a nulităților.

Interesul, ca o condiție în exercitarea acțiunii speciale a anulării hotărârilor adunărilor generale a acționarilor nu este condiționat cu nimic de probarea unei pretinse „vătămări".

O altă orientare criticabilă a practicii judiciare constă în diferențierea clară între nulitatea absolută şi cea relativă, cu consecința refuzării pronunțării nulității în cazul ultimei, sau a condiționării amorsării acesteia de dovedirea aceleiaşi „vătămări". În realitate, efectele specifice nulităților de drept material (fie absolute, fie relative) sunt riguros aceleaşi, respectiv lipsirea de efecte a actelor înfăptuite cu încălcarea normelor edictate pentru încheierea lor valabilă. Diferențele dintre tipurile de nulități absolute/relative de drept material țin de sfera persoanelor care au calitate procesuală, prescripție extinctivă şi posibilitatea confirmării. Jurisprudența observată nu sesizează faptul că nu numai nulitățile absolute, dar nici nulitățile relative nu se raportează la dovedirea unei vătămări (precum în cazul nulităților procedurale), nici măcar în cazul în care nu sunt exprese.

Verificarea condițiilor de exercitare a acțiunii în anulare nu implică în nicio situație recursul la „vătămarea" invocată cu insistență de instanțele de judecată.

430. Nulitatea contractuală. Sancțiunea încălcării efectelor actului constitutiv. Acțiunea specială în anularea hotărârilor adunărilor generale mai induce o abordare a nulității, evitată de obicei în doctrină, datorită modului clar de reglementare. Această acțiune specială recunoaşte ca motive de nulitate exprimările de voință ale acționarilor, în adunarea generală, contrare actului constitutiv. Premisa în sine este una care excede vădit teoria clasică a nulităților. Încălcarea sau nesocotirea unor prevederi contractuale nu atrage, de regulă, sancțiunea nulității.

Nulitatea ca sancțiune juridică severă urmăreşte actele juridice născute cu nerespectarea normelor edictate pentru încheierea lor valabilă. Dreptul încălcat care atrage incidența nulității, este, prin definiție, un drept pozitiv. Încălcarea drepturilor subiective, avându-şi izvorul în raporturile juridice născute între părți, încălcarea practic a drepturilor şi obligațiilor izvorând dintr-un act juridic, iese din perimetrul de acțiune a nulității. Nesocotirea drepturilor subiective îşi găseşte realizarea în interiorul răspunderii civile sau al desființării (rezoluțiunii, rezilierii etc.) retroactive a actului juridic. Nulitatea în sine nu are o recunoaştere (cel puțin nu una majoritară) acceptată în lipsa

normei juridice încălcate. Mai mult, prin acordul părților nu pot fi instituite si nici suprimate cauze de nulitate, convențiile contrare fiind considerate nescrise [art. 1246 alin. (4) C.civ.]. Izvorul normativ societar salvează însă situația. Prin excepție, legiuitorul instituie în dreptul societar o nulitate „generată contractual", o sancțiune pentru actele juridice contrare drepturilor subiective consfințite prin acte juridice speciale: actele constitutive ale societăților cu personalitate juridică. În acest mod forța juridică a actului constitutiv al societății este întărită până la nivelul normelor de drept material care reglementează societățile. Actul constitutiv, după înființarea societății, capătă aceeași forță ca și norma juridică de drept societar, încălcarea lui atrăgând în mod explicit nulitatea hotărârilor adunărilor generale adoptate în acest mod. El dobândește caracterul unei adevărate legi speciale care guvernează raporturile juridice viitoare născute în privința societății ca subiect distinct de drept.

Această nulitate este una de strictă interpretare care prin claritatea și sensul indubitabil nu a creat niciun fel de controversă practică sau teoretică. Atragerea sancțiunii nulității de către încălcarea actului constitutiv este totuși una mediată de norma legală specială. Legea societăților este cea care induce un asemenea regim astfel încât incidența sancțiunii nulității rămâne de fapt legată tot de norma juridică imperativă.

431. Disponibilitatea recunoscută părților în materia nulității. Renunțarea și achiesarea la dreptul pretins. Nulitatea contractuală. Caracterul de sancțiune judiciară a nulității limita în trecut sever dreptul de dispoziție al părților în materie. Codul civil remodelează sancțiunea nulității prin acceptarea și a caracterului privat, amiabil al nulității. Nulitatea contractului poate fi constatată sau declarată prin acordul părților, în prezent, însă numai dacă prin lege nu se prevede altfel [art. 1246 alin. (3) C.civ.]. Reglementarea societară nu pare să lase loc unei asemenea alternative contractuale, mai ales că actele de exprimare a voinței societare nu sunt contracte în sensul legii civile. În privința dreptului reclamantului de dispoziție în privința acțiunii sale în anularea hotărârilor adunărilor generale (renunțare la acțiune, renunțare la drept) nu există limitări sau interpretări contrare. Nimeni nu poate fi silit la promovarea sau continuarea unei acțiuni, la realizarea unui drept sau interes legitim propriu. Caracterul de „facultate", „aptitudine" etc., al drepturilor subiective (cu restrângerile exprese impuse în privința realizării lor cu concursul forței statului, în condițiile normelor de drept procesual), lasă părților libertatea de alegere atât în privința exercitării efective, cât și a modului de exercitare a drepturilor lor[1].

432. Limitele mandatului reprezentanților societății în privința hotărârilor adunărilor generale. În privința societății cu personalitate juridică, drepturile de dispoziție în domeniu ridică anumite discuții. Societatea, pârâta din acțiunea în anulare a hotărârii adunării generale, stă în judecată prin reprezentanți, prin administratori înzestrați cu drepturi de reprezentare.

Norma specială din dreptul societar este puțin nuanțată în această privință, a reprezentării societății în litigiile având ca obiect anularea hotărârilor lor generale. În mod

[1] Condiționarea procedurală a renunțării la acțiune [art. 406 alin. (4) C.proc.civ., fostul art. 264 alin. (4) din vechea reglementare] ține de o protecție a pârâtului care a fost silit să-și facă apărările până în punctul dezbaterii pe fond a cauzei.

explicit, reprezentarea societății este conferită consiliului de administrație, respectiv directoratului[1]. Indicarea expresă a consiliului ne face să credem că mandatul conferit în această privință trebuie privit ca exclusiv, înscriindu-se în atribuțiile care nu pot fi delegate[2]. Cercetăm reprezentarea legală din perspectiva eventualelor limitări ale mandatului reprezentanților, ale dreptului de dispoziție al acestora relativ la persoana juridică reprezentată (respectiv dreptul de achiesare, de anulare amiabilă sau tranzacționare în numele societății).

Regula este aceea a deplinei puteri de reprezentare. Acolo unde legea a dorit să limiteze mandatul (legal şi convențional) al reprezentanților a făcut-o în mod expres[3].

În lipsa unor limitări legale ale competențelor de reprezentare (precum şi a unor limitări constitutive care ar putea fi opuse terților) reprezentanții vor avea deplină putere de dispoziție în privința drepturilor, subiective sau procesuale, conferite persoanei juridice. Situația trebuie nuanțată totuşi. Pe de o parte, acțiunea în anulare reprezintă o procedură pentru aplicarea unei sancțiuni civile, iar pe de altă parte reprezentanții societății, consiliul de administrație, este ținut în mod explicit la respectarea hotărârilor adunărilor generale, în virtutea rolului şi „împărțirii puterilor" în democrația societară[4]. Chiar în situația relevată a existenței obligațiilor reprezentanților administratori față de societate apreciem că o achiesare din partea lor, şi în această materie a litigiilor privind nulitatea actelor de voință societară, nu reprezintă un act fără consecințe juridice. În ultimă instanță, reprezentantul răspunde în fața societății şi orice act împotriva intereselor societății va atrage răspunderea acestuia față de societate în condițiile de exercitare a acțiunii în răspundere.

Obligația de „executare" a hotărârii unei adunări generale de către reprezentanți se opreşte la granița legii şi a actului constitutiv. Dincolo de această graniță intrăm în domeniul nulității pe care şi reprezentanții societății sunt în drept să o solicite. În optica legii, critica de nulitate a hotărârii adunării generale nu este interzisă administratorilor

---

[1] Art. 132 alin. (5) LS. Reprezentarea este circumstanțiată după tipul de administrare adoptat de societate. Norma privind reprezentarea este dublată de reglementarea privind administrația societății. Astfel, consiliul de administrație reprezintă societatea prin președintele său (art. 143^2 LS), dacă actul constitutiv nu prevede reprezentarea prin președinte şi unul sau mai mulți administratori acționând împreună sau separat. În cazul delegării de atribuții către directori, directorul general dobândeşte şi puterea de reprezentare. În privința hotărârilor adunărilor generale înclinăm să credem că delegarea nu este posibilă, consiliul de administrație păstrând depline puteri de reprezentare în temeiul art. 132 alin. (5) LS, apreciind că excluderile indicate de art. 142 alin. (2) LS nu sunt limitative. Sistemul dualist acordă reprezentarea directoratului [art. 132 alin. (5) LS], respectiv, ca regulă, tuturor membrilor directoratului acționând împreună, dacă actul constitutiv nu acordă dreptul doar unuia dintre ei (art. 153^3 LS).

[2] Art. 71 şi art. 142 alin. (2) LS, citate şi în nota anterioară. Înțelesul nu poate fi decât de reprezentare legală. Reprezentarea judiciară sau mandatul special nu pot intra sub asemenea interdicții exprese.

[3] Art. 153^{22} LS. Legea instituie în privința actelor de dispoziție de valoare mare (peste jumătate din valoarea contabilă a activelor) o adevărată limitare legală a mandatului administratorilor.

[4] Art. 73 lit. d) LS („exacta îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale"), art. 142 alin. (2) lit. e) din aceeaşi lege („implementarea hotărârilor").

(directoratului)[1], însă pe această cale reprezentarea legală încetează, reprezentantul devine un terț față de societate, care va trebui reprezentată în alt mod. Din acest punct de vedere, achiesarea reprezentantului apare ca ne-eficientă față de societate. Învederarea nulității hotărârii adunării generale de către reprezentant atrage încetarea parțială a mandatului său legal, cu consecința suplinirii reprezentării în modul indicat de lege.

În privința limitelor competențelor reprezentanților în domeniu pledează și un principiu nescris al simetriei. Lipsirea voluntară de efecte juridice a hotărârii adunării generale a societății ar trebui să survină în mod simetric față de nașterea raportului juridic care emană aceste efecte: prin hotărâre a organului deliberativ, adunarea generală.

În concluzie, avem de ales între două soluții în cazul exprimării de către reprezentanți a unei achiesări de drept societar, a unei recunoașteri în privința motivelor de nulitate invocate în cazul acțiunii în anulare observate: actul administratorului are deplină eficiență juridică față de inexistența unor limitări ale puterii de reprezentare, eventualele depășiri ale mandatului privind exclusiv raportul juridic (de răspundere) dintre societate și mandatar; sau apreciem lipsa de capacitate a administratorului în această materie invocând fie teza încetării mandatului său în acest caz, fie necesitatea unei exprimări de voință simetrice a organului de la care a emis hotărârea inițială (adunarea generală a acționarilor).

Reglementarea societară pare să încurajeze prima soluție. Actele administratorilor angajează societatea chiar dincolo de conținutul mandatului lor, până la limita puterilor conferite de lege pentru organele respective[2].

433. Actele de dispoziție ale societății cu personalitate juridică în cadrul procesual al acțiunilor în anularea hotărârilor adunărilor generale. Problema care mai rămâne este aceea a eficacității unei „achiesări", în general, în materia nulității. Fiind vorba de o sancțiune, „recunoașterea" de către parte, în mod liber, a „vinovăției", a încălcării legii sau actului constitutiv nu poate atrage, de principiu, în mod automat angajarea răspunderii, aplicarea sancțiunii. Orice sistem sancționator își declară ca singur temei pentru răspundere și pentru sancțiune, legea[3]. Cu alte cuvinte, nici chiar voința părții, auto-incriminatoare, nu poate fi temei (sau nu unic temei) pentru aplicarea sancțiunii. Din această perspectivă și achiesarea reprezentantului (sau a societății înseși) poate rămâne fără efecte juridice în lipsa unei încălcări reale a normelor sau a actului constitutiv. Domeniul privat are însă o viziune mai relaxată asupra sancțiunilor. Confirmarea actului juridic statuează practic înlăturarea sancțiunii civile prin voința părților, fără ca izvorul nulității să fie înlăturat. În privința nulității absolute refacerea actului este suficientă (prin înlăturarea practic voluntară a cauzelor de nulitate) pentru exonerarea de sancțiunea civilă.

---

[1] Art. 132 alin. (6) LS. Concluzia este una implicită, extrasă dintr-un text special privind reprezentarea: Dacă hotărârea este atacată de toți membrii consiliului de administrație, societatea va fi reprezentată în justiție de către persoana desemnată de președintele instanței dintre acționarii ei care va îndeplini mandatul cu care a fost însărcinată până ce adunarea generală, convocată în acest scop, va numi un reprezentant.

[2] Art. 55 alin. (2) LS. În acest domeniu limitele explicite lipsesc.

[3] *Nullum crimen sine lege* și *nulla poena sine lege* spun penaliștii dacă aruncăm o privire într-un domeniu de drept care a dezvoltat (pentru uzul propriu) mult mai mult teoria sancțiunilor.

Regimul prezent al nulităţile renunţă la caracterul strict judiciar pentru acceptarea şi a acordului părţilor, dreptul civil neexcluzând aşa-zisele nulităţi amiabile[1]. Dreptul societar nu lasă însă loc unei asemenea soluţii. Regulile nulităţii contractuale îşi pot găsi cu greu aplicare în domeniul societar. Hotărârile adunării generale reprezintă acte colective formate în afara unui cadru contractual comun. Acordul părţilor în privinţa declarării nulităţii ar implica un nou cadru societar de exprimare, practic o nouă hotărâre a adunării. Într-adevăr, nimic nu împiedică societatea, în cadrul său suprem de deliberare, să înlăture singură efectele propriei hotărâri a adunării generale, cu condiţia respectării drepturilor „câştigate" de terţi prin punerea în aplicare a hotărârii. Practica vorbeşte în mod curent de revocarea unei asemenea hotărâri. Operaţiunea în sine nu va fi însă o nulitate fiindcă ea funcţionează, indiferent de încălcarea sau nu a legii ori a actului constitutiv, de la data emiterii ei. Un subiect de drept nu poate, prin simpla calificare unilaterală, să atribuie efecte pentru trecut unei hotărâri proprii în privinţa terţilor, să cauzeze retroactivitatea faţă de terţi a unui act juridic propriu. Din acest punct de vedere rezultă că nici măcar societatea prin adunarea generală, în cadrul deliberativ legal constituit, nu ar putea să „achieseze" cu efecte depline juridice la o acţiune în anulare. Într-un sfârşit, cu referire la reprezentanţii societăţii, aceştia nu pot atrage efecte juridice mai mari decât o poate face societatea însăşi, în forul său deliberativ suprem.

434. Incidente procedurale în privinţa achiesării la o acţiune în anulare. Societatea poate lăsa fără efecte juridice, pentru viitor, actele sale de voinţă, cu respectarea drepturilor terţilor constituite cu bună-credinţă pe actul de voinţă exteriorizat în formă legală de către societate. Actele de voinţă societară, hotărârile adunărilor generale, rămân în esenţă acte interne ale societăţii, ţin de libertatea de deliberare a societăţii. Fără a contrazice dezvoltările anterioare, reprezentantul poate fi doar prezumat că acţionează în limitele trasate de voinţa societară, prezumţie de care se bucură în general în raporturile juridice în care angajează societatea. Actul de achiesare al reprezentantului va avea exact aceleaşi efecte pe care le-ar avea „achiesarea" fixată prin hotărâre a adunării generale a societăţii însăşi. Încălcarea intereselor societăţii rămâne a fi verificată într-o acţiune în răspundere împotriva administratorilor. Reprezentantului i se pot recunoaşte ca mijloace de apărare, faţă de eventuala răspundere indusă faţă de societate, chiar motivele de nelegalitate pe care le susţine reclamantul în privinţa acţiunii în anulare. Fiindcă legalitatea trebuie să fie un scut şi pentru reprezentant, respectiv nimeni nu poate fi ţinut răspunzător pentru respectarea legii, chiar dacă această atitudine poate priva de beneficii societatea.

Concluzionând, „achiesarea" pe care o dezbatem în cauză nu poate atrage „autoincriminarea", aplicarea automată a sancţiunii nulităţii. Pronunţarea acesteia, ca sancţiune de drept societar, este independentă de dispoziţia părţii, rămânând sub determinismul normativ. Actul de dispoziţie al societăţii, exprimat printr-o nouă hotărâre a acţionarilor sau prin reprezentant, sub rezervele arătate, priveşte lipsirea de efecte juridice a hotărârii pentru viitor. Într-o atare situaţie, în care instanţele de judecată apreciază de

[1] *Gh. Beleiu*, op. cit., p. 197.

obicei că acțiunea a rămas fără obiect[1], „obiectul" nulității nu a fost de fapt atins de judecată, acesta subzistă și își așteaptă verificarea judiciară prin raportare la lege sau actul constitutiv. Instanțele pot verifica în continuare legalitatea actului societar din perspectiva sancțiunii nulității, dacă reclamantul care exercită acțiunea stăruie în soluționarea ei.

„Achiesarea" în materie este deci atipică. Poziția procesuală a societății de acceptare a criticilor de nulitate nu întâlnește exact obiectul acțiunii, aplicarea sancțiunii nulității, ci produce doar lipsirea de efecte a actului juridic în mod voluntar, pentru viitor. Din această perspectivă nu numai că respingerea acțiunii (ca lipsită de obiect) pare nelegală, dar și stingerea cadrului procesual (prin consemnarea actului voință al societății) nu este riguros corectă decât cu acceptul reclamantului. „Revocarea" propriei hotărâri de către societate, neîntâlnind în mod exact obiectul cererii reclamantului (pentru a fi în mod exact o „achiesare"), stingerea cadrului procesual are în mod riguros nevoie de un accept expres al reclamantului[2].

În general, dispoziția părții (societății) în privința sancțiunii de drept comun a nulității care o privește (din poziția procesuală de pârâtă) rămâne privită cu circumspecție de instanțele judiciare care aleg soluții de „minimă rezistență" (precum „lipsa de obiect") care doar aproximează în mod grosier realitatea juridică a cazului.

435. Raportul dintre acțiunea în anulare și opoziție. Poziția și interacțiunea celor două acțiuni a preocupat de timpuriu doctrina și jurisprudența. Într-o formă inițială a Legii societăților modul de reglementare a opoziției lăsa să se înțeleagă că aceasta este în aceeași relație cu acțiunea în anulare ca aceea dintre acțiunea pauliană și acțiunea în anulare, respectiv efectele opoziției sunt strict relative la raportul juridic trasat procesual, sancțiunea lipsirii de efecte juridice fiind limitată la persoana celui care critică nelegalitatea actului în fața instanței de judecată. Opoziția tindea la o inopozabilitate față de reclamant a actului juridic reprezentat de hotărârea adunării generale.

Prin noile delimitări normative ale opoziției (art. 61 și 62 LS) această acțiune pierde aproprierea de efectele juridice ale unei nulități, respectiv lipsirea de efecte a unui act juridic.

În forma actuală, finalitatea declarată a acțiunii este „repararea prejudiciului cauzat", natura declarată a acțiunii tinzând spre o acțiune în pretenții, bazată pe temeiuri

---

[1] Instanțele de judecată au un adevărat fetiș în a se „pronunța" asupra acțiunii, în a admite sau respinge acțiunea, indiferent de astfel de incidente procedurale. În realitate, atât „achiesarea", cât și tranzacția judiciară sunt exprimări de voință ale părților care dezînvestesc instanța. Aceasta „ia act" de voința părții verificând doar, într-un mod propriu actelor solemne (acte notariale, de exemplu) condițiile de validitate. În cazul de față instanța oricum nu ar putea pronunța nulitatea fiindcă nu se sprijină pe verificarea condițiilor legale, ci pe voința părților, care însă o dezînvestesc.

[2] Anomalia este foarte vizibilă în privința cheltuielilor de judecată. Respingerea acțiunii reclamantului (ca „lipsită de obiect" în urma „revocării" hotărârii de către societate) atrage, după regulile comune obligarea acestuia la plata cheltuielilor judiciare. În realitate culpa procesuală a reclamantului nu există, pârâtul fiind cel în culpă. Admiterea recunoașterii acestuia, oricât de imperfectă ar fi, asigură tratamentul echitabil pentru reclamant și din această privință). Cadrul procesual poate fi stins complet doar pe calea unei exprimări de voință a reclamantului, care practic poate înțelege să renunțe implicit la acțiunea exercitată în limitele inițiale (nulitate), în condițiile date.

contractuale sau, mai general, delictuale. Rezistenți la o asemenea schimbare de natură am opinat chiar în sensul că „repararea prejudiciului" prevăzută de lege trebuie citită într-o accepțiune mai largă, ca un principiu general de legalitate care poate fi satisfăcut cel mai bine prin lipsirea de efecte juridice a unor dispoziții statutare (din actele constitutive); sau această lipsire de efecte, de natura nulității, poate fi un temei pentru reparații echitabile, pentru repunerea în situația anterioară de fapt[1].

Lăsând la o parte cadrul istoric de evoluție a opoziției, nu putem nega natura patrimonială prezentă, vocația ei de a obține acoperirea de prejudicii (sau garantarea acoperirii unor prejudicii potențiale) cauzate prin acte și operațiuni statutare (modificarea de act constitutiv, în particular prelungirea duratei societății respectiv operațiunile de fuziune și divizare).

Opoziția are în prezent caracterele unui instrument legal de protecție a terților în fața actelor statutare care le ating drepturile sau interesele. În această calificare și vechea dispută privind disponibilitatea opoziției pentru acționari, sau numai pentru creditori și alți terți, poate căpăta o nouă perspectivă. În măsura în care cele două acțiuni au natură juridică diferită (de acțiune în nulitate și în răspundere contractuală sau delictuală) nu mai poate exista un concurs între aceste acțiuni în privința acționarilor. Acțiunea în anulare nu poate avea o natură specială față de opoziție cât timp ele au temeiuri și finalități deosebite[2]. Acționarii sunt „persoane interesate", terți față de raporturile juridice în care este angajată societatea. În măsura în care drepturile lor sunt încălcate prin acte statutare și nu există o acțiune specială de protecție, de aceeași natură, aceștia nu au niciun impediment în a utiliza această cale.

Reglementarea prezentă, prin schimbarea totală a naturii opoziției, decuplează cele două acțiuni, lăsându-le să evolueze separat, în condițiile proprii de exercitare.

436. Caracterul remediabil al sancțiunilor societare. Inaplicabilitate la acțiunea în anulare a hotărârilor adunărilor generale. Ceea ce poate aduce laolaltă nulitățile comerciale speciale (*sui generis*), acțiunea în anulare aplicată în dreptul societare și opoziția (deși caracterele lor specifice sunt evident diferite) într-o viziune tot mai larg răspândită, este caracterul remediabil al acestor căi judiciare. În măsura în care din aceste acțiuni particulare se încearcă construirea unei acțiuni societare proprii, cu valențe de gen pentru aceste specii enumerate, imanența acestui gen stă în caracterul sancționator de ultim resort, în potențiala „remediere" pe care o acordă normele societare, în temporizarea aplicării sancțiunii. Nulitatea *sui generis* (nulitatea societății) și opoziția sunt, ambele, căi care se obturează în mod declarat în momentul reafirmării

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 178.

[2] C.A. București, decizia nr. 390/R/2005, în Culegere de practică judiciară în materie comercială 2006, vol. II, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 339. Finalitatea opoziției nu este anularea hotărârii adunării generale. Opoziția nu este o acțiune directă, o cerere în anularea unui hotărâri a adunării generale astfel încât instanța în mod eronat pronunță în calea opoziției o nulitate a hotărârii adunării generale. Efectul opoziției este „bararea" efectelor hotărârii adunării generale a acționarilor din perspectiva persoanei care utilizează calea; este inopozabilitatea relativă a efectelor acesteia față de actorul opoziției.

legalității[1], în cazul confirmării primatului normelor legale și a drepturilor consfințite prin aceste norme.

Acțiunea subiectului de drept societar de recunoaștere și garantare a drepturilor persoanelor interesate stinge, sub controlul judiciar declanșat pe calea sesizării instanței, cadrul procesual al opoziției.

În cazul nulităților hotărârilor adunărilor acționarilor caracterul remediabil, în spiritul moștenit de la dreptul comun, este mai puțin vizibil. Remediul este aici actul de voință al subiectului societar de achiesare sau remediere pe calea adunărilor generale ulterioare a cauzelor de nulitate ridicate. În tradiția nulităților de drept comun o astfel de soluție are totuși efecte limitate. Confirmarea în sine a actului juridic trebuie să urmeze regimul dreptului comun care acceptă această operațiune prin excluderi clare: actul să nu fie atins de nulitate absolută, iar actul de confirmare să reprezinte expresia de voință indubitabilă a părții (părților) posesoare a dreptului la acțiunea în anulare. În cazul hotărârilor adunărilor generale actul de „confirmare" este reprezentat în cvasi-generalitatea cazurilor de lipsirea de efecte a hotărârii adunării generale atacate, fie prin „revocarea" ei expresă, fie prin înlocuirea cu o altă hotărâre a adunării generale pronunțată în condiții de observare a legalității, revocare implicită prin „refacerea hotărârii adunării generale". În ambele cazuri operațiunea de remediere a nelegalității actelor de drept societar este una mai mult indirectă. Lipsirea de efecte juridice a hotărârilor adunărilor generale este un act ulterior, nu contemporan cu hotărârea observată. Iar efectele unei astfel de operațiuni nu pot coborî până la data hotărârii adunării inițiale, ci se întind doar asupra orizonturilor viitoare. Din această perspectivă instanța judecătorească, care ca regulă verifică condițiile de exercitare a acțiunii raportat la data sesizării sale, iar efectele hotărârii judecătorești se întind, tot ca regulă, pornind de la același reper, trebuie să verifice modul particular de stingere a litigiului[2].

Până la o reglementare diferită a acțiunii în anularea hotărârilor adunărilor generale trebuie să abordăm această acțiune mai aproape de rădăcinile și principiile clasice ale nulității decât de acțiuni și nulități societare *sui generis*.

437. Concluzii în privința acțiunii în anulare. Contrar așteptărilor unei nulități de drept comun, lipsită de adaosuri de interpretare și calificare, nulitatea hotărârilor adunărilor generale poate ridica încă greutăți, refuzând și ea o aplicare facilă. Tendința de „subiectivizare" judiciară a acțiunii, de cântărire a normelor legale sau contractuale

---

[1] Art. 61 LS. Trimiterea la nulitatea societară privește caracterul remediabil al acțiunii.

[2] Instanțele judecătorești, alegând o soluție comodă, dar nu tocmai corectă, consideră acțiunea rămasă fără obiect. De exemplu: Trib. București, Secția a VI-a comercial, sentința nr. 6799/2006: „Pârâta a solicitat, inițial, respingerea acțiunii, deoarece au fost îndeplinite toate cerințele legii. Ulterior, pârâta a organizat o nouă adunare generală, la data de (...), iar prin hotărârea celei din urmă a fost *anulată* (*s.n.*) hotărârea atacată în justiție. În această situație, cererea de chemare în judecată a rămas fără obiect și urmează a fi respinsă ca atare". În realitate, expresia de voință a societății ascunde un act de „achiesare" specific, în fapt de înlăturare voluntară a efectelor actului, care trebuie consemnat ca atare. Altfel, societatea poate foarte bine să-și invalideze ulterior și această „refacere" a adunării generale, cu consecința producerii de depline efecte juridice a hotărârii adunării inițiale (norma de tehnică legislativă privind caracterul „definitiv" al „abrogărilor" este străină de această materie contractuală).

încălcate, mai ales când, în modul cel mai răspândit, sancțiunea legală nu este „expresă", induce o nesiguranță străină de materia nulității. Căutarea unei „mase critice" de nelegalitate de la care nulitatea să se amorseze nu este proprie nici nulității clasice și nici nulităților *sui generis*, fiind străină și de caracterul „remediabil" al acestora din urmă.

În concluzie, deși reglementarea acțiunii în anulare a hotărârilor adunărilor generale are un cadru bine stabilit (și îmbunătățit în timp) de incidență, tendințele judiciare de interpretare a acestei materii deturnează deseori de la scopurile ei o acțiune care la prima abordare, și în optica cvasi-unanimă a doctrinei, nu naște controverse majore.

Secțiunea a 3-a. Administrarea societăților pe acțiuni

438. Preambul. Sistemul de administrare a societăților de drept român nu a suferit doar o diversificare a modelelor aplicabile, ci și modificări funcționale fine, de adaptare sporită la cerințele de gestiune și reprezentare. Modelele de administrare a societăților pe acțiuni, la nivel european, nu sunt convergente și nu au permis legiferarea unică, pe calea unei directive de drept european a problematicii administrării societății pe acțiuni. În concret sunt cunoscute două sisteme mari de administrare. Primul sistem este clasic, de drept francez, cu un consiliu de administrație unic, condus în mod tradițional de un președinte-director general (PDG) care concentrează atât funcția reprezentativă a consiliului (președinte) cât și funcția executivă propriu-zisă (director general). Tocmai acest amalgam între reprezentare și controlul direcțiunii și activitatea executivă propriu-zisă este reproșat sistemului, deși separarea între președinția consiliului și direcțiune este viabilă și în acest sistem[1]. Un astfel de sistem este denumit la nivel european ca *sistem unitar* (*one tier*). Al doilea sistem, cunoscut de dreptul german din anul 1937, este cel structurat pe două niveluri distincte, cu o repartiție clară de puteri între ele: directoratul (*Vorstand*) și consiliul de supraveghere (*Aufsichtsrat*). Directoratul deține reprezentarea societății și activitatea curentă, iar consiliul de supraveghere controlul directoratului plus probleme strategice sau importante pentru societate. Această variantă de administrare este cunoscută ca *sistem dualist* (*two tier*).

Reglementarea societății europene (SE)[2] a obligat practic la legiferarea ambelor modele de gestiune pentru a da satisfacție ambelor variante naționale proeminente la constituirea acestei structuri europene care poate funcționa în mod uniform în toate sistemele normative ale țărilor membre.

Reglementarea *sistemului dualist* de administrare, prin noutatea sa legislativă, a lăsat în umbră retrasarea normativă fermă a sistemului unitar de administrare, anteexistent în dreptul intern.

439. Reglementarea inițială societară de drept intern. Reglementarea administrării sociale în prima reglementare post-decembristă se baza pe un număr (sau doar unul) de administratori, cu puterile trasate prin actul constitutiv și lege. Subsecvent administrării propriu-zise și facultativ exista structura operativă a *comitetului de*

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 425.

[2] Regulamentul nr. 2157/2001 privind statutul societății europene (SE).

direcție. Structura comitetului de direcție din dreptul nostru implica doar un organism facultativ, o subdiviziune a consiliului de administrație, un dezmembrământ al acestuia de care depindea total. Structura de administrare cu un consiliu de administrație și un comitet de direcție nu prezintă nici o caracteristică proprie unui sistem de administrare european de tip *two tier (dualist)*. În optica trecută a legii române, comitetul de direcție era doar un compartiment operativ al consiliului de administrație pe care acesta îl constituie dintre membrii săi și îi deleagă din atribuțiile sale. Asimilarea structurii *consiliu de administrație - comitet de direcție*, cu structura *consiliu de supraveghere - comitet director* nu rezistă studiului.

Dacă în cadrul structurii *two tier* (dualistă) membrii directoratului sunt cei ce dețin gestiunea curentă, dar și puterea generală de reprezentare în raport cu terții, în cadrul construcției române de tip unitar consiliul de administrație realiza mai mult decât o simplă supraveghere a comitetului de direcție, îl îngloba total și păstra, cel puțin ca aptitudine generală, întreaga putere de reprezentare a societății în relațiile cu terții.

Nici încadrarea sistemului legal de administrare anterior în genul *one tier* (sistem unitar) nu putea fi privită fără rezerve. Sistemul în cauză aduna, de regulă, în același organ instituționalizat atât nivelul managerial cât și reprezentanții non-executivi (independenți de entitate). Legea română a societăților, în forma sa anterioară, trasa o demarcație fermă între administratori și funcțiile executive, persoanele care au încredințate gestiunea curentă și operațiunile societății. Celor din urmă le era, în mod tradițional, interzisă accederea în organul instituționalizat de gestiune. Directorii executivi nu puteau face parte din consiliul de administrație, lucru netipic pentru structura de gen *one tier*. Subterfugiile semantice – de genul manager, director general, președinte – nu înlăturau interdicția legală atât timp cât persoanele în cauză aveau un contract de muncă cu societatea, erau „funcționarii" ei. Calitatea de prepus al societății – chiar dacă persoana în cauză era director sau președinte – atrage caracteristicile funcției executive, exclusă, la acea dată, de la accederea în consiliul de administrație. Această structură administrativă era însă mai mult una teoretică, interdicțiile expuse fiind rar respectate în practică.

Din acest motiv reconfigurarea sistemului unitar de administrare era în primul rând o prioritate pentru o reglementare ușor comprehensibilă.

Subsecțiunea 1. Sistemul de administrare unitar

440. Sistemul de administrare unitar în legislația societară română. Societățile pe acțiuni de drept român au primit o formă normativă de gestiune de tip unitar, modificată, pusă în acord cu problemele practice apărute.

Caracteristicile de bază ale unui asemenea sistem – asigurarea reprezentării societății de către consiliul de administrație, alegerea membrilor consiliului de către adunarea generală și revocarea și angajarea răspunderii tot prin mijlocirea acestui organ – își găsesc o exprimare normativă coerentă. Specific sistemului unitar român, în forma prezentă, este delimitarea în interiorul lui a unui regim mai strict de organizare, folosind un criteriu economic: obligația de auditare[1]. Societățile care se califică în mod

[1] Art. 137 alin. (2), art. 143 alin. (4) LS.

legal pentru această obligație au un regim mai elaborat de organizare, regim care trece din domeniul posibilității liber alese în sfera imperativului normativ. Obligația de auditare a societăților atrage practic un sistem de gestiune diferit (o specie mai evoluată a sistemului de administrare unitar)[1].

Societățile românești funcționează în prezent după un sistem de gestiune *one tier* (unitar), cu două specii diferite (în condiții de delegare de competențe către directori – în mod obligatoriu sau liber ales – sau în lipsa unui asemenea nivel de delegare), sau după un sistem dualist complet reglementat și el de legea societăților.

441. Numirea administratorilor. Contractul de administrație. Atribuția desemnării administratorilor revine acționarilor, organizați în adunarea generală (ordinară) a acționarilor, în timpul funcționării societății și tot acestora în condițiile acordului de voință pentru întocmirea actului constitutiv, la momentul constituirii societății pe acțiuni. Pluralitatea administratorilor, facultativă sau obligatorie, după caz, atrage organizarea formei colegiale a consiliului de administrație.

Nominalizările pentru posturile administrative aparțin membrilor în exercițiu ai consiliului de administrație, unui comitet special organizat al consiliului cu această atribuție, precum și acționarilor societății. Raportul juridic dintre societate și administratori își are izvorul în actul de voință a părților și în dispozițiile legale. Actul electiv al societății, în forma hotărârii adunării generale, trebuie dublat de actul de voință al administratorului care trebuie să accepte mandatul încredințat[2]. Natura juridică dual, contractuală și legală, a fost relevată în privința mandatului administratorilor. În mod tradițional legea societară doar declară natura contractuală a raportului administrator-societate, fără detalierea contractului presupus între părți. În prezent, contractul nu mai poate fi implicit, ci doar explicit: administratorul trebuie să exprime explicit consimțământul său în privința mandatului încredințat. De aici până la impunerea unui contract special nu mai era decât un pas. Legea societăților numește contractul părților ca *contract de administrație*, dar nu insistă în detalierea acestuia[3].

Nominalizările și numirile de administratori pot privi și o persoană juridică. Mandatul persoanei juridice alească administrator este exercitat prin intermediul unui *reprezentant permanent*, persoană fizică, pe care persoana juridică este obligată să-l desemneze. Acesta este asimilat din punct de vedere al răspunderii cu administratorul persoană fizică, răspunzând alături și împreună cu persoana juridică-administrator care l-a desemnat. Revocarea reprezentantului permanent de administratorul-persoană juridică obligă la înlocuirea imediată a acestuia.

Alegerea administratorilor trebuie să țină seama și de limitările care țin de *cumulul de mandate*. Limita legală de mandate de administrator/membru al consiliului de supraveghere disponibile concomitent pentru o persoană fizică este de cinci mandate. Limitarea se aplică și persoanei fizice reprezentant permanent al unei persoane juridice-

---

[1] Complexitatea unui sistem de administrare unitar special (cu minim trei administratori, delegarea obligatorie de competențe către directori etc.) a făcut ca legiuitorul să retraseze sfera sa de aplicare obligatorie. Microîntreprinderile și întreprinderile mici au fost excluse aplicării obligatorii a acestui regim (art. 151^1 LS).

[2] Art. 153^{12} alin. (3) LS.

[3] Art. 144^1 alin. (6) LS.

administrator ori membru al consiliului de supraveghere. Încălcarea limitei legale de mandate atrage obligația pentru persoană să demisioneze, în termen de o lună de la data apariției situației de incompatibilitate, din posturile ce depășesc limita legală. În caz contrar mandatele ulterioare depășirii limitei legale încetează de drept, cu obligația de restituire pentru remunerațiile încasate. În calculul mandatelor legale nu sunt incluse cazurile când persoana-administrator este proprietară a cel puțin o pătrime din totalul acțiunilor societății sau este membru în organele administrative ale unei societăți pe acțiuni ce deține această pătrime din capitalul social.

Remunerația este un punct important din contractul de administrație, dar atribuția stabilirii ei revine exclusiv nivelului statutar sau prin hotărâre a adunării generale a acționarilor. Într-un mod nu tocmai transparent legea societară prevede că în cazul cumulului de funcții de gestiune (director), remunerația suplimentară a membrilor consiliului de administrație este stabilită de consiliul de administrație. Singura garanție de legalitate este ca actul constitutiv sau adunarea generală a acționarilor să fixeze limite pentru remunerații, fiindcă în caz contrar sunt posibile excese[1].

442. Încetarea mandatului. Revocarea administratorilor. Mandatul administratorilor încetează prin *ajungerea la termen*, deoarece este temporar (de maximum patru ani sau doi ani pentru primul mandat, cu izvor statutar). Încetarea mandatului poate surveni și prin decesul/falimentul sau incapacitatea administratorului. Contractul de administrație nu împiedecă *renunțarea la mandat*, demisia administratorului în condiții care să nu producă prejudicii societății. Reglementarea legală induce, cum am arătat, ideea unui contract de administrație, obligatoriu între părți. Acest contract nu pierde nimic din natura mandatului astfel încât administratorii pot fi *revocați* oricând, independent de culpă, *ad nutum*, de către adunarea generală ordinară a acționarilor. Noutatea reglementării ține totuși de revocarea *fără justă cauză*. Considerăm ca natura contractului de mandat nu este alterată, iar justa cauză nu se confundă cu probarea unei culpe. Legea recunoaște doar dreptul administratorului la plata unor daune-interese în cazul lipsei unei asemenea juste cauze[2]. Ca o particularizare a revocării trebuie amintită *exercitarea acțiunii în răspundere împotriva administratorilor*, când mandatul acestora încetează de drept [art. 155 alin. (4) LS]. Ca o consecință a reglementării raportului juridic dintre administrator și societate acesta nu are la îndemână o acțiune în reintegrare, specifică dreptului muncii, ci doar o acțiune în despăgubiri întemeiată pe lipsa justei cauze[3].

Existența contractului de administrație între părți permite inserarea unor clauze care să atenueze poziția precară a administratorului, supus oricând unei revocări intempestive. Administratorii tind să stăruie pentru fixarea unor despăgubiri fixe exigibile în cazul revocării lor din funcție, eventual fără o culpă contractuală (*golden parachute*). În mod tradițional asemenea clauze erau considerate ca depășind cadrul permis de revocabilitatea *ad nutum* a mandatului administratorilor, prevedere de ordine publică și de esență mandatului[4]. Astfel de clauze sunt însă uzuale în dreptul anglo-saxon și în

---

[1] Art. 153[18] LS.
[2] Art. 137[1] alin. (4) LS.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 442.
[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 440.

cazul societăților cotate, acolo unde administratorii (în special cei de rang înalt, președintele, directorul general) țin la prestigiul lor și la stabilitatea poziției deținute. Astfel de clauze inhibă pornirea acționarilor de a schimba cu ușurință administratorii și reprezintă și un mecanism antipreluare eficient pentru societate (în caz de preluare agresivă, *hostile takeover*, noii acționari trebuie să cuantifice și costurile cu revocarea administratorilor ca fiind costuri ale preluării efective a societății).

În situația normativă internă prezentă, odată cu prevederea necesității unei juste cauze pentru revocarea administratorilor și renunțarea implicită la revocarea clasică, *ad nutum*, legalitatea clauzelor de tip *golden parachute* pare nu mai putea fi contestată.

443. Vacanța postului. Încetarea, din orice motiv, a mandatului administratorilor, atrage vacanța postului și obligația înlocuirii acestora. În acest interregn legea societară instituie *administratorii provizorii*. Astfel, în caz de vacanță a unuia sau a mai multor posturi de administrator, în lipsă de alte prevederi statutare, consiliul de administrație desemnează administratori provizorii, până la deliberarea statutară a adunării generale ordinare a acționarilor. Dacă administratorii nu își îndeplinesc obligația de a convoca adunarea generală, orice parte interesată poate solicita convocarea judiciară a adunării și desemnarea de către instanță a persoanei însărcinată cu prezidarea acesteia. În cazul administratorului unic numirea provizorie se va face de către cenzori, adunarea generală ordinară fiind convocată pentru numirea noului administratorului, la cererea oricărui acționar.

444. Incompatibilitatea calității de administrator cu calitatea de salariat al societății. Legea societăților rezolvă o dispută mai veche în privința cumulului calității de administrator cu calitatea de salariat. Astfel, pe durata mandatului administratorii nu pot încheia cu societatea un contract de muncă, iar cazul în care administratorii au fost desemnați dintre salariații societății, contractul individual de muncă este suspendat pe perioada mandatului. Renunțarea la calitatea de salariat și remunerarea pe baza de contract de mandat poate pune administratorul într-o poziție incomodă sau cel puțin neobișnuită față de cea anterioară. Pentru a da satisfacție directorilor, salarizați pe baza contractului de mandat și a-i degreva de sarcini de raportare și plată în privința obligațiilor fiscale, legea asimilează remunerația lor veniturilor din salarii, cu regimul respectiv de raportare și plată de către societate (art. 152 LS).

Interdicția cumulului calității de salariat cu cea de administrator (și director) este una de strictă interpretare, astfel încât nimic nu împiedecă ca un salariat al unei societăți să fie desemnat administrator al unei alte societăți, din grupul de societăți[1]. Ca în multe situații, grupul de societăți scapă reglementării legale și oferă modalități facile de ocolire a normelor prohibitive.

445. Președintele consiliului de administrație. Pluralitatea administratorilor, consiliul de administrație, reclamă o organizare, o ierarhizare și o reglementare a deliberării acestui organ colegial. Funcția reprezentativă a societății pe acțiuni este rezervată președintelui consiliului de administrație, ales dintre membrii săi sau, în caz de

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 451.

prevedere statutară, direct de către adunarea generală ordinară care numește consiliul. Mandatul președintelui se suprapune de obicei cu durata mandatului său de administrator, putând fi însă mai scurt, deoarece el poate fi revocat oricând de către consiliul de administrație, în afara situației când a fost numit de adunarea generală și, în mod simetric, va putea fi revocat numai de aceasta. Principala atribuție a președintelui, care conferă și vizibilitatea maximă, este aceea de reprezentare a societății față de terți și reprezentare judiciară. Apariția instituției directorilor preia însă funcția legală de reprezentare a societății odată cu operarea delegării de competențe către aceștia. Președintele este și cel care convoacă și coordonează activitatea consiliului, prezidează în mod legitim și raportează în fața adunării generale a acționarilor. Imposibilitatea temporară de exercitare a atribuțiilor președintelui atrage desemnarea temporară de către consiliu a unui alt administrator cu îndeplinirea funcției de președinte.

Legea română permite cumulul funcției de președinte cu cea de director general al societății dacă în mod statutar este permis acest lucru (președinte-director general)[1]. Un asemenea cumul concentrează însă cvasi-totalitatea pârghiilor administrative într-o singură mână, cu reversul anulării controlului real al consiliului asupra nivelului directorilor[2].

446. Atribuțiile Consiliului. Consiliul de administrație întrunește atribuțiile recunoscute administratorilor săi, respectiv exercitarea și coordonarea activităților ce formează obiectul de activitate al societății și aducerea la îndeplinire a hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor. Dincolo de această formulare generală consiliului îi incumbă toate atribuțiile legale conferite în competența sa. Delegarea de competențe către directori ridică problema delimitării competențelor exclusive ale consiliului, care nu pot face obiectul delegării. Legea societăților declară ca nesupuse delegării atribuțiile privind stabilirea direcțiilor strategice de activitate și de dezvoltare a societății, stabilirea politicilor contabile și de control financiar, numirea, revocarea și supravegherea directorilor împreună cu stabilirea remunerației lor, întocmirea raportului anual, organizarea adunării generale a acționarilor și aducerea la îndeplinire, implementarea hotărârilor acesteia (art. 142 LS). Atribuții speciale precum introducerea cererii pentru deschiderea procedurii insolvenței societății sau atribuțiile delegate de la adunarea generală extraordinară a acționarilor, nu pot fi, la rândul lor, delegate. În linii generale consiliului îi sunt recunoscute puteri de orientare (strategică), de acțiune generală în numele societății și supraveghere asupra întregii activități sociale[3]. Dintre acestea atribuțiile ca țin de acțiunea imediată și realizarea obiectului de activitate al societății, inclusiv prin reprezentare, sunt susceptibile de delegare către directori.

447. Funcționarea Consiliului de administrație. Fiind un organ colegial, consiliul de administrație are nevoie de reguli pentru întrunirea și deliberarea în cadrul său. Societățile obișnuiesc să întocmească adevărate *regulamente de funcționare* pentru consiliu, adevărate anexe statutare în scopul reglementării tuturor aspectelor incidente la funcționarea unui asemenea organism social. Legea prevede un set minimal de

[1] Art. 143 alin. (3) LS.
[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 502.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 480.

norme suficiente pentru funcționarea consiliului. Astfel, ședințele se țin cel puțin o dată la trei luni, prin grija președintelui consiliului. Acesta are atribuțiile principale care țin de convocarea consiliul de administrație, stabilirea ordinii de zi, informarea membrilor consiliului cu privire la punctele aflate pe ordinea de zi și prezidarea ședinței. Administratorii, în scopul realizării mandatului lor, posedă un adevărat *drept individual de informare* în vederea deliberării în activitatea consiliului[1]. Dreptul de a convoca consiliul este conferit și membrilor, cel puțin doi, precum și directorului general al societății. Convocarea cuprinde data, locul unde se va ține ședința și ordinea de zi și este trimisă administratorilor înainte de data întrunirii, într-un termen stabilit prin decizie sau regulament al consiliului.

Ședința consiliului este fixată în cuprinsul unui proces-verbal cuprinzând participanții, ordinea de zi, voturile întrunite și deciziile luate. Validitatea deciziilor consiliului de administrație impune cerințe de cvorum și de majoritate de adoptare. În mod excepțional, deciziilor pot fi luate și în lipsa unei ședințe a consiliului, prin votul unanim exprimat în scris al membrilor[2]. Cerința obișnuită de prezență este de cel puțin jumătate din numărul membrilor, dacă prin actul constitutiv nu se prevede un număr mai mare. Reprezentarea administratorilor nu se poate realiza decât prin alți membri, dar un membru prezent poate reprezenta un singur membru absent. Majoritatea de adoptare a deciziilor este majoritatea simplă a membrilor prezenți cu excepția deciziile cu privire la numirea sau revocarea președintelui pentru care este necesară majoritatea absolută, votul convergent al majorității membrilor consiliului. În mod tradițional președintele consiliului de administrație are votul decisiv în caz de paritate a voturilor, în caz contrar propunerea de decizie este considerată respinsă[3].

Desfășurarea ședințelor consiliului prin mijloace de comunicare la distanță, prin teleconferință, este uzuală, sub condiția reglementării prin actul constitutiv și a întrunirii condițiilor tehnice necesare pentru identificarea participanților și participarea efectivă a acestora la ședința consiliului.

448. Regimul juridic al deciziilor consiliului. Legea societăților reglementează constituirea organului colegial și condițiile de valabilitate a deciziilor sale. Spre deosebire de deciziile adunării generale, legea nu conferă acțiuni în anulare specială, făcând excepție deciziile luate în privința competențelor delegate de adunarea generală extraordinară, care împrumută în mod explicit regimul juridic al hotărârilor unei asemenea adunări. Deciziile consiliului sunt bineînțeles susceptibile de analiză și cenzură în adunarea generală a acționarilor, ca fiecare act sau fapt care privește persoana administratorilor ce trebuie să dea socoteală pentru activitatea sa acționarilor. Fără a contesta această realitate, totuși problema ridicată, a acțiunii împotriva deciziilor consiliului nu este cu nimic rezolvată. Cerința apelării apriorice la votul acționarilor nu este una prealabilă, legală, și reprezintă de fapt o cale separată și indirectă de cenzură. Aprecierea ca inadmisibilă a unei acțiuni în nulitate directă împotriva actelor consiliului parte neîntemeiată și abuzivă. În primul rând toate reglementările privind constituirea și validitatea deliberării consiliului rămân fără finalitate dacă acestea nu pot

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 446.
[2] Art. 153^{21} LS.
[3] Art. 153^{20} LS.

fi verificate într-un cadru judiciar. În al doilea rând o acțiune generală, precum acțiunea în anulare, nu trebuie să fie conferită în mod expres pentru a fi disponibilă părților. Motivarea în privința lipsei acțiunii special reglementate este nefundamentată. În lipsa ei rămâne calea generală, cu verificarea condițiilor de exercitare a acțiunii[1].

449. Comitetele consultative ale consiliului. Consiliul de administrație poate să instituie anumite subdiviziuni ale sale care să preia atribuții specifice, sensibile, precum remunerarea administratorilor, directorilor, cenzorilor și personalului sau nominalizarea de candidați pentru diferitele posturi de conducere sau desfășurarea de investigații. *Comitetele consultative* sunt formate din cel puțin doi membri ai consiliului și elaborează recomandări și rapoarte pentru consiliu. Un comitet proeminent poate fi *comitetul de audit* în care cel puțin un membru trebuie să dețină experiență în aplicarea principiilor contabile sau în audit financiar. Membrii unor asemenea comitete sunt în mod uzual *administratori neexecutivi*, respectiv nu sunt și directori ai societății. Activitatea consiliilor societăților pe acțiuni dezvoltate, în special bursiere, resimt nevoia unei specializări în interiorul acestui organ colegial. Această nevoie este satisfăcută prin defalcarea activităților și încredințarea aprofundării lor unor asemenea comitate, urmând ca deciziile să fie luate în plen pe baza rapoartelor comitetelor.

450. Obligațiile administratorilor. Natura legală și contractuală a mandatului administratorilor adaugă și împletește obligațiile proprii mandatarilor cu obligații legale specifice. Administratorii sunt ținuți să-și exercite mandatul *cu prudența și diligența unui bun administrator*. Limitele unei asemenea diligențe sunt totuși circumstanțiate, pentru a nu atrage o răspundere obiectivă. Testul aplicat pentru limitarea unei asemenea diligențe este reprezentat de decizia de afaceri (*business judgement*), respectiv administratorul este considerat că a acționat în conformitate cu standardele legale de diligență dacă în momentul luării unei decizii el este îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate. Cu alte cuvinte diligența va fi raportată la momentul luării deciziei și la fundamentarea avută în vedere în mod rezonabil la acel moment. Orice abstractizare nu ar face decât să intimideze administratorul și să împiedece luarea deciziilor, de teama răspunderii obiective.

Legea societăților a dezvoltat obligații privind pe administratori în spiritul reglementărilor societare moderne. Astfel, administratorii trebuie să își exercite mandatul cu *loialitate*, în interesul societății.

Administratorii sunt ținuți și de o *obligație de confidențialitate* față de societate. Astfel, administratorii nu pot divulga informațiile confidențiale și secretele comerciale ale societății la care au acces în calitatea lor de administratori, atât în timpul exercitării cât și după încetarea mandatului lor.

Conflictul de interese este altă temă de reglementare ce atrage obligații pentru administratori. Astfel, administratorul care are într-o anumită operațiune, direct sau indirect (când sunt interesate soțul sau soția sa, rudele ori afinii săi până la gradul al IV-lea inclusiv), interese contrare intereselor societății trebuie să se abțină de la partici-

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 463. Jurisprudența franceză cunoaște anularea deciziilor consiliului pentru fraudă, abuz de putere sau nesatisfacerea dreptului individual de informare.

parea la deliberări şi să îi înştiinţeze despre aceasta pe ceilalţi administratori şi organul de control (cenzori sau auditori).

451. Răspunderea administratorilor. Administratorii sunt răspunzători pentru îndeplinirea obligaţiilor lor conform izvoarelor acestora, legale şi contractuale. Răspunderea solidară a administratorilor este instituită pentru anumite situaţii însă formularea legală, *stricta îndeplinire a îndatoririlor pe care legea, actul constitutiv le impun* (art. 73 LS), face ca aceasta să fie cvasi-generală.

Specific administratorilor este *răspunderea pentru altul* instituită de legea societară, respectiv administratorii răspund pentru prejudiciile cauzate societăţii de directori sau de personalul încadrat, când dauna nu s-ar fi produs dacă ei ar fi exercitat supravegherea impusă de îndatoririle funcţiei lor[1]. Răspunderea este una agravată fiindcă administratorii au obligaţia supravegherii directorilor şi a activităţii societăţii, astfel încât sarcina probei exoneratoare le revine lor.

Tot o răspundere pentru altul este instituită în privinţa neregulilor săvârşite de administratorii anteriori, dacă acestea le sunt cunoscute. Exonerarea de răspundere le însă la îndemână, prin raportarea neregulilor organului de control, cenzorilor sau auditorilor interni şi auditorului financiar.

Răspunderea solidară pentru deciziile colegiale ale administratorilor poate fi şi ea înlăturată prin împotrivirea administratorilor, consemnarea ei în registrul deciziilor consiliului de administraţie şi raportarea scrisă către organul de control, cenzori sau auditorii interni şi auditorul financiar.

452. Operaţiuni interzise administratorilor. Administrarea în interesul societăţii obligă administratorii de la abţinerea de la utilizarea creditului sau bunurilor societăţii în interes propriu prin acte de credit, garantare etc., chiar dacă acestea pot respecta principiul echivalenţei contraprestaţiilor. Astfel, este interzisă, sub sancţiunea răspunderii penale, creditarea de către societate a administratorilor acesteia, prin acordarea de împrumuturi, acordarea de avantaje financiare administratorilor cu ocazia sau ulterior încheierii de către societate cu aceştia de acte juridice, garantarea directă ori indirectă a oricăror împrumuturi sau obligaţii personale ale administratorilor, dobândirea cu titlu oneros ori plată, în tot sau în parte, a unei creanţe asupra administratorilor[2]. Legea conţine şi exonerări generale (actele interzise se află sub pragul de 5.000 euro) sau speciale, când operaţiunile sunt încheiate de societate în condiţiile exercitării curente a activităţii sale, iar clauzele operaţiunii nu sunt mai favorabile administratorilor.

Aceste interdicţii, sancţionate penal, ridică problema acceptului acţionarilor. În principal norma ar trebui să interzică şi să sancţioneze actele juridice încheiate de administrator în mod direct, în interes propriu. În măsura în care adunarea generală a acţionarilor stabileşte avantaje pentru administratori, acestea nu pot fi decât licite.

453. Instituţia directorilor în contextul sistemului unitar. Sistemul unitar de administrare a societăţilor pe acţiuni, în varianta delegării de competenţe către

[1] Art. 144[2] alin. (3) LS.
[2] Art. 144[4] LS.

directorii societății, prezintă un nivel de noutate pentru sistemul nostru de drept similar cu cel adus de sistemul dualist. Obligația de auditare a situațiilor financiare (împreună cu situarea în afara categoriilor de societăți excluse, microîntreprinderile și întreprinderile mici[1]) fixează configurația aparte a sistemului unitar de administrare din dreptul românesc. *Delegarea de competențe* către directori poate și facultativă, dincolo de satisfacerea obligației legale, conformația sistemului de administrare putând fi aleasă și liber de părți.

Caracteristicile principale ale noii configurații de administrare privesc numărul minim de administratori [art. 137 alin. (2) LS] și obligația de delegare de competențe de la consiliul de administrație la directori [art. 143 alin. (4) LS]. Instituția directorilor din sistemul unitar de gestiune avea nevoie de o reglementare coerentă. Pentru a elimina inconsecvențele din regimul normativ anterior această noțiune are o delimitare clară respectiv sunt *directori* în sensul reglementării doar acele persoane, obligatoriu persoane fizice, care au primit atribuții de conducere a societății (prin delegare) de la administratorii societății. Restul persoanelor care poartă eventual o asemenea de denumire în cadrul societății nu suportă regimul legal al instituției directorilor societății. În acest fel un izvor de neclaritate este înlăturat, fără a rezerva „lingvistic" sau în cadrul organigramei societății denumirea de director pentru această instituție societară. În mod explicit directorii sunt numiți și revocați de către consiliul de administrație[2], organ care are și puterea de organizare a activității directorilor. Tot consiliul numește dintre ei un *director general*, care poate fi președintele consiliului de administrație.

Coabitarea între instituția directorilor și calitatea de salariat sau de administrator își are și ea o soluționare normativă coerentă în legea prezentă. Astfel, directorii pot fi membri ai consiliului de administrație sau pot fi terți față de acest organ [art. 143 alin. (2) LS]. În privința calității de salariat legea nu mai este permisivă. Interdicția cumulului între calitatea de director și cea de salariat este copiată după cea instituită pentru administratori, respectiv aceștia nu pot încheia cu societatea un contract de muncă pe durata mandatului, iar dacă acesta ante-există, contractul de muncă este suspendat de drept pe durata mandatului. În cazul directorilor asimilarea acestui regim este una prin trimitere. Incompatibilitatea între mandatul de director și calitatea de salariat este instituită prin asimilarea normelor edictate pentru administratori[3].

Obligația de neconcurentă edictată pentru directori interzice acestora accederea la poziția de directori, administratori, membri ai directoratului ori ai consiliului de supraveghere, cenzori sau auditori interni, asociați cu răspundere nelimitată, în alte societăți cu același obiect de activitate. Interdicția, calchiată după obligația de neconcurentă tipică asociaților societăților de persoane, privește și "același comerț sau altul concurent, pe cont propriu sau al altei persoane". Sancțiunea pentru directori este revocarea și răspunderea pentru daune și poate fi înlăturată prin autorizarea dată de consiliul de administrație pentru aceste activități.

---

[1] Delimitările conceptuale au o bază normativă clară: art. 4 din Legea nr. 346/2004.

[2] Adunarea generală își poate însă rezerva atribuția de organizare a activității directorilor, inclusiv în privința desemnării directorului general [art. 142 alin. (1) lit. c) și art. 143[1] alin. (2) LS].

[3] Concesia făcută directorilor privește doar asimilarea contractului de mandat cu contractul de muncă în privința legislației de asigurări sociale (art. 152 LS).

454. Reprezentarea societății. Regimul delegării de competențe către directori atrage consecințe în privința reprezentării societății și în privința organizării și funcționării organelor de gestiune. *Președintele consiliului de administrație* este reprezentantul legal al societății. Actul constitutiv poate să confere reprezentarea legală președintelui și unuia sau mai multor administratori, acționând împreună sau separat[1].

Odată realizată delegarea de competențe, în mod legal sau facultativ, puterea de reprezentare a societății trece de drept în persoana *directorului general*. Prevederile statutare pot doar eventual să prevadă o reprezentare colegială (a directorului general și unuia sau mai multor directori), împreună[2]. Din această reglementare rezultă că o eventuală rezervare (statutară) a puterii de reprezentare pentru administratorii înșiși nu este posibilă, o asemenea clauză neputând fi opozabilă terților[3]. Soluția este destul de drastică, având doar avantajul de a înlătura orice confuzie în privința reprezentării societăților administrate în sistem unitar, cu delegare de competențe către directori.

455. Administratori neexecutivi, administratori independenți. Alături de reprezentare și organizarea organului principal de gestiune, consiliul de administrație, este afectată de incidența instituției directorilor societății. Diferențierea după calitatea de director, în persoana administratorilor, este realizată prin dihotomia *administrator executiv/neexecutiv*[4]. Numirea și controlul exercitat de consiliul de administrație asupra nivelului instituțional al directorilor impune o anumită detașare, crearea unei nivel de independență a consiliului de administrație față de directorii numiți. Realizarea acestei independențe este realizată prin asigurarea unei preponderențe a administratorilor neexecutivi în componența consiliului de administrație[5].

Cerințele de imparțialitate fac ca în cazul instituirii de comitete consultative de către consiliul de administrație, comitetul de audit și cel de remunerare să fie formate doar din administratori neexecutivi. Mai mult, în cazul oricăror comitete consultative create, cel puțin un membru trebuie să fie administrator neexecutiv și independent[6].

Legea societăților instituie și calitatea de *administrator independent* împreună cu posibilitatea ca în mod statutar să fie instituită obligativitatea alegerii unuia sau mai multor astfel de administratori. Independența este trasată în mod negativ, respectiv administratorul trebuie să nu fie director al societății sau al unei societăți controlate și să nu fi îndeplinit o astfel de funcție în ultimii 5 ani, să nu fi fost salariat al societății sau al unei societăți controlate de către aceasta ori să fi avut un astfel de raport de muncă în ultimii 5 ani, să nu primească sau să fi primit de la societate ori de la o societate controlată de aceasta o remunerație suplimentară sau alte avantaje, altele decât cele corespunzând calității sale de administrator neexecutiv, să nu fie acționar semnificativ al societății etc. Lista de restricții continuă fără a putea să delimiteze cu adevărat

---

[1] Art. 143^2 alin. (2) LS.

[2] Art. 143^3 alin. (4) LS.

[3] Interpretarea rezultă din aplicarea dispozițiilor art. 55 alin. (2) LS.

[4] Art. 138^1 alin. (2) LS.

[5] Majoritatea membrilor consiliului de administrație trebuie formată din administratori neexecutivi în cazul delegării atribuțiilor de conducere către directori [art. 138^1 alin. (1) LS].

[6] Calificarea unui administrator ca independent este realizată raportat la prevederea normativă: art. 138^2 LS.

noțiunea de *independență comercială* care se poate dovedi, cu toate aceste condiții, iluzorie[1]. Noțiunile de *administrator neexecutiv și independent* arată accentul pus de legea societară pe instituirea unei democrații societare, a unei guvernări societare în interesul tuturor acționarilor.

Caracteristicile sistemului unitar în care s-a realizat delegarea de competențe către directori are trăsături proprii atât de pronunțate încât tinde spre un sistem separat de administrare. Indicarea folosirii sale devine importantă pentru înțelegerea de către terți a puterilor de reprezentare aferente societății, pentru validitatea actelor juridice care obligă societatea cu personalitate juridică[2].

Subsecțiunea a 2-a. Sistemul dualist

456. Sistemul de administrare dualist român. Chiar în lipsa reglementării naționale a unui sistem de administrare de tip *two tier* (dualist) au existat societăți de naționalitate română care au purces la adoptarea unui asemenea sistem, ca o expresie a voinței acționarilor lor[3]. În mod riguros însă, puterile organelor societare vor fi cele prevăzute de lege, clauzele statutare contrare fiind ineficiente dacă intră în coliziune cu regimul legal. Din această cauză societățile care și-au instituit un sistem dualist de administrare înainte de legiferarea lui se situau în fapt în afara cadrului normativ. Reglementarea normativă a ambelor tipuri de sisteme de administrare a societăților pe acțiuni, consacrate, era calea naturală de deschidere a accesului societăților românești la o structură de tipul consiliu de supraveghere - comitet director.

Sistemul de administrare de tip dualist adoptat de legea română[4] urmărește modelele relevante în materie (germanic și european). Caracterul său de noutate pentru dreptul român nu a permis inovații în domeniu, transpunerea sârguincioasă fiind suficientă.

Existența unui model european este una indirectă. Reglementarea efectivă a sistemelor societare de gestiune a reprezentat un eșec pentru directivele europene (proiectul său a rămas neadoptat, fiind una dintre directivele „lipsă"), în principal datorită viziunilor diferite în privința participării salariaților la aceste organisme. Regulamentul privind societatea europeană (SE) înglobează însă ambele modele de administrare pe care le introduce în acest mod în sistemele naționale de drept. De aceea, în mod natural, raportarea sistemului român se realizează la normele europene – care erau oricum aplicabile față de regimul izvoarelor juridice europene care sunt regulamentele. Din această cauză nici nu așteptăm contradicții cu izvorul european.

---

[1] Art. 138[2] LS.

[2] În prezent doar societățile administrate în sistem dualist au obligația includerii acestei informații în orice, act, corespondență etc. care emană de la societate [art. 74 alin. (2) LS].

[3] B.C.R. SA, unde cerința acționarilor-investitori străini (*BERD* și *IFC* – Banca Europeană pentru Reconstrucție și Dezvoltare și Corporația Financiară Internațională, urmați ulterior de Erste Group Bank) a fost aceea de separare a funcției executive de cea de supraveghere.

[4] Sistemul a fost legiferat prin Legea nr. 441/2006 care a reconfigurat șablonul societar al societăților pe acțiuni de drept intern.

Sistemul dualist vine cu avantajele intrinseci organizării sale: separarea gestiunii de controlul ei, a deciziei administrative de supravegherea conducerii[1]. Dezavantajele modelului țin mai mult de noutatea sa, de proiectarea evidentă pentru societățile mari, nu pentru micile societăți pe acțiuni care nu pot suporta două structuri administrative distincte. Probabil că apetența pentru acest model societar va crește în rândul societăților cotate, dedicate unei democrații societare mai tentante pentru investitori.

457. Directoratul. Dreptul român instituie alături de consiliul de supraveghere *directoratul*, organ colegial sau alcătuit dintr-un singur membru. Singura limitare privește societățile pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare când directoratul este format din cel puțin trei membri.

Pentru a nu naște nicio confuzie, textul normativ utilizează constant sintagma de *membrii directoratului*, pentru a nu induce nicio aproprie față de instituția directorilor (cu excepția directoratului alcătuit dintr-un singur membru, caz în care acesta este denumit director general unic).

Directoratul reprezintă expresia românească a comitetului de conducere, a comitetului de management la care fac referire textele europene. Propriu sistemului dualist, directoratul asigură reprezentarea societății, este organul instituționalizat care reprezintă societatea în raporturile juridice cu terții și în justiție[2].

Poziția membrilor directoratului prezintă multe similitudini cu cea a directorilor (și administratorilor) din sistemul unitar[3]. Spre deosebire de aceștia, organele instituționalizate ale acestui tip de organizare nu acceptă niciun fel de întrepătrunderi, nici în privința membrilor, dar nici în privința competențelor. Astfel, membrii directoratului nu pot fi membri în consiliul de supraveghere, dar nici consiliul de supraveghere nu își poate asuma atribuții de conducere a societății.

Membrii directoratului, obligatoriu persoane fizice, realizează conducerea exclusivă a societății pe acțiuni, respectiv îndeplinirea actelor necesare realizării obiectului de activitate al societății. Renunțând la cerințele proprii organizare și de funcționare ale acestui organ colegial, legea păstrează condițiile de valabilitate a deliberărilor, proprii consiliului de administrație (prezență, majoritate de adoptare). Directoratul poate fi reprezentat și dintr-o singură persoană astfel încât legiuitorul nu a considerat necesar să insiste în reglementare.

Legea instituie pentru membrii directoratului o *obligația de neconcurență*. Aceasta le interzice membrilor directoratului accederea la poziția de directori, administratori, membri ai directoratului ori ai consiliului de supraveghere, cenzori sau auditori interni, asociați cu răspundere nelimitată, în alte societăți cu același obiect de activitate. Interdicția, calchiată după obligația de neconcurentă tipică asociaților societăților de persoane, privește și „același comerț sau altul concurent, pe cont propriu sau al altei persoane". Sancțiunea pentru membrii directoratului este revocarea și răspunderea pentru daune și poate fi înlăturată prin autorizarea dată de consiliul de supraveghere pentru aceste activități.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 556.
[2] Art. 153[3] alin. (1) LS.
[3] Art. 153[2] alin. (6) LS.

458. Numirea, revocarea și supravegherea directorilor. Desemnarea membrilor directoratului revine consiliului de supraveghere care alege dintre aceștia și un *președinte al directoratului*. În mod simetric membrii directoratului pot fi revocați oricând de către consiliul de supraveghere când această atribuție nu a fost rezervată statutar de către adunarea generală ordinară a acționarilor. Dacă revocarea lor survine fără justă cauză, membrii directoratului sunt îndreptățiți la plata unor daune-interese[1].

Atribuțiile de revocare și numire sunt dublate în mod natural de atribuții de supraveghere în persoana consiliului din sistemul dualist. În satisfacerea acestei supravegheri directoratul prezintă periodic rapoarte consiliului de supraveghere cu privire la activitatea societății și evenimentele importante ce pot influența situația societății. Directoratul are atribuții în privința întocmirii situațiilor financiare pe care le înaintează consiliului de supraveghere pentru supervizare, împreună cu propunerea cu privire la distribuirea profitului rezultat din bilanțul exercițiului financiar, pe care intenționează să o prezinte adunării generale.

459. Reprezentarea societății. Atribuțiile directoratului. Propriu sistemului dualist, directoratul asigură *reprezentarea societății*, este organul instituționalizat care reprezintă societatea în raporturile juridice cu terții și în justiție[2]. Fiind în esență un organ colectiv, modalitatea de reprezentare trebuie să fie mai explicită, statutar. În lipsa unei stipulații speciale în actul constitutiv, membrii directoratului reprezintă societatea doar acționând împreuna. Pentru înlăturarea inconvenientelor unei asemenea reprezentări, membrii directoratului pot împuternici pe unul dintre ei să încheie anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni. În mod uzual președintele directoratului este persoana care își asumă puterile depline de reprezentare a societății.

Consiliul de supraveghere nu are nicio dată atribuții de reprezentare, acesta rămânând în cadrul strict statutar, fără vizibilitate în raporturile cu terții.

Atribuțiile directoratului includ majoritatea puterilor administratorilor relativ la supravegherea internă și activitățile curente, corespunzător obiectului de activitate. Practic directoratul posedă toate puterile de acțiune, în toate circumstanțele, în numele societății[3].

460. Consiliul de supraveghere. Distincțiile realizate între membrii directoratului și consiliul de supraveghere sunt foarte tranșante, contribuind la o separare evidentă a gestiunii și controlului în cadrul organului de administrare. Asemenea distincții nete elimină calificările de membri „independenți" sau „neexecutivi" existente în privința administratorilor din sistemul unitar. Prin proiectarea acestui șablon de administrare, membrii consiliului de supraveghere sunt aprioric neexecutivi și independenți[4].

Rolul de scrutare a activității directoratului rezervat consiliului de supraveghere face ca instituția cenzorilor să fie nefuncțională în acest sistem [art. 153 alin. (3) LS].

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 542.

[2] Art. 153[3] alin. (1) LS.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 543.

[4] Art. 153[8] alin. (1) LS. Membrii consiliului de supraveghere nu pot fi membri ai directoratului și nici salariați ai societății.

Auditorul financiar devine însă obligatoriu în această conformație statutară [art. 160 alin. (1)[1] LS].

Din punct de vedere al funcționării și consiliul de supraveghere urmează modelul unic stabilit legal pentru toate organele administrative colegiale. Regulile care țin de constituirea sa (prezență, majoritate de vot) sunt comune cu consiliul de administrație și directoratul. Și acest consiliu își alege un *președinte*, cu puteri limitate în principal la reprezentarea consiliului. Atribuția esențială a consiliului este controlul permanent al gestiunii realizată de directorat prin membrii săi[1].

Sistemul dualist de drept român are o conformație completă în legea internă, întregind reglementarea mai generală din Regulamentul privind societatea europeană (SE), parte a dreptului intern.

461. Numirea, revocarea și vacanța pozițiilor din consiliu. Membrii consiliului de supraveghere sunt numiți de către adunarea generală a acționarilor, excepție făcând primii membrii, când acest consiliu este instituit chiar de la constituirea societății. Nominalizările pentru pozițiile respective aparțin membrilor existenți ai consiliului sau acționarilor. Numărul membrilor consiliului de supraveghere este între trei și unsprezece membri, așa cum dispune actul constitutiv.

Revocarea membrilor consiliului revine tot adunării generale a acționarilor, cu o majoritate calificată însă, de minim două treimi din numărul voturilor acționarilor prezenți.

În cazul vacantei unui post din consiliul de supraveghere, acesta procedează la numirea unui membru provizoriu, până la întrunirea adunării generale. Dacă adunarea generală nu este convocată, orice persoană interesată poate solicita convocarea judiciară a adunării în acest scop.

În mod statutar se pot stabili condiții specifice de profesionalism și independență pentru membrii consiliului de supraveghere, dar în ultimă instanță votul acționarilor va singurul decisiv în alegerea persoanelor din consiliul de supraveghere.

Nominalizările și numirile de membrii ai consiliului de supraveghere pot privi și o persoană juridică. Mandatul persoanei juridice aleasă membru este exercitat prin intermediul unui *reprezentant permanent*, persoana fizică, pe care persoana juridică este obligată să-l desemneze. Acesta este asimilat din punct de vedere al răspunderii cu membrul persoană fizică, răspunzând alături și împreună cu persoana juridică administrator care l-a desemnat. Revocarea reprezentantului de membrul persoană juridică obligă la înlocuirea imediată a acestuia.

Alegerea membrilor consiliului trebuie să țină seama și de limitările care privesc de *cumulul de mandate*. Limita legală de mandate de membru al consiliului de supraveghere sau administrator disponibile concomitent pentru o persoană fizică este de cinci mandate. Limitarea se aplică și persoanei fizice reprezentant permanent al unei persoane juridice administrator ori membru al consiliului de supraveghere. Încălcarea limitei legale de mandate atrage obligația pentru persoană să demisioneze, în termen de o lună de la data apariției situației de incompatibilitate, din posturile ce depășesc limita legală. În caz contrar mandatele ulterioare depășirii limitei legale încetează de drept, cu obligația de restituire pentru remunerațiile încasate. În calculul mandatelor legale nu

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 550.

sunt incluse cazurile când persoana-administrator este proprietară a cel puțin o pătrime din totalul acțiunilor societății sau este membru în organele administrative ale unei societăți pe acțiuni ce deține această pătrime din capitalul social.

Remunerația este un element important și pentru membrii consiliului de supraveghere, iar atribuția stabilirii ei revine exclusiv nivelului statutar sau prin hotărâre a adunării generale a acționarilor.

Sistemul dualist nu permite cumulul între calitatea de membru al consiliului de supraveghere și directorat astfel încât stabilirea remunerației membrilor directoratului de consiliul de supraveghere este perfect legitimă[1].

462. Atribuțiile Consiliului de supraveghere. Principala atribuție a consiliului este supravegherea continuă a activității directoratului. O asemenea construcție, de tip lucrător-paznic s-a dovedit foarte eficientă în evitarea derapajelor și abuzurilor administrării executive. Controlul permanent nu este unul simbolic, ci întărit cu competențe adecvate. Consiliul numește și revocă membrii directoratului. Consiliul nu numai că nu are atribuții executive, dar are interdicții în această direcție. Astfel, consiliului de supraveghere nu îi pot fi transferate atribuții de conducere a societății. În mod excepțional, în mod statutar pot fi identificate anumite tipuri de operațiuni nu pot fi efectuate de directorat decât cu acordul consiliului. În cazul în care consiliul nu își dă acordul pentru o astfel de operațiune directoratul poate cere acordul adunării generale ordinare. Hotărârea adunării generale cu privire la un asemenea acord este legiferată sub o majoritate calificată de trei pătrimi din numărul voturilor acționarilor prezenți.

463. Funcționarea Consiliului de supraveghere. Consiliul de supraveghere este un organ colegial, cu activitate periodică. Legal acesta se întrunește cel puțin o dată la trei luni. Deliberarea, proprie organelor colegiale, necesită reguli de convocare, de participare și de luare a deciziilor, asemănătoare celor instituite pentru consiliul de administrație. Președintele consiliului este cel care convoacă consiliul de supraveghere, fixează agenda și prezidează întrunirea. Dreptul de convocare mai este deținut de cel puțin doi dintre membrii consiliului și de directorat. Regulile de prezență și de deliberare sunt comune cu cele ale consiliului de administrație.

În scopul sprijinirii luării deciziilor și consiliul de supraveghere poate crea *comitete consultative* cu competențe diverse: investigații diverse, audit, remunerarea, nominalizarea de candidați pentru diferitele posturi de conducere. Comitetele redactează și prezintă consiliului rapoarte asupra activității lor.

Subsecțiunea a 3-a. Reglementări speciale privind administrarea în general

464. Limitele legale ale mandatului reprezentanților societăților pe acțiuni[2]. Diferența între regimul legal și cel convențional al raporturilor dintre societate și

---

[1] Art. 153[18] LS..

[2] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 312-318.

reprezentanți este una majoră[1]. Lectura textelor relevante arată caracterul limitat recunoscut modificării convenționale a reprezentării societății. De fapt regula este chiar a ineficienței față de terți a redimensionării statutare a puterilor de reprezentare[2]. Limitările puterilor nu sunt opozabile terților. Latura legală a limitelor reprezentării prevalează în fața modificării statutare, permițând exprimarea ultimei doar în limitele expres declarate de lege.

Tratarea reprezentanților și dihotomia legal/statutar poate fi abordată din perspectiva capacității juridice și a mandatului. Relația statutară solicită natura juridică a mandatului și ne poziționează în mod declarat pe teritoriul contractual, inclusiv în privința relativității efectelor juridice. Limitările și particularitățile contractului de mandat nu se pot răsfrânge asupra terților, ci rămân în interiorul raportului juridic născut între societate și reprezentanții ei.

Una din normele disputate în doctrină în privința limitelor reprezentării este norma privind încheierea actelor juridice importante (valoric) de către societate, normă cu structură specială în materia pieței de capital[3]. Astfel, consiliul de administrație, respectiv directoratul, va putea să încheie acte juridice în numele și în contul societății, de dispoziție, a căror valoare depășește jumătate din valoarea contabilă a activelor societății la data încheierii actului juridic, doar cu aprobarea acționarilor, acordată în adunarea generală extraordinară a acționarilor.

Aprobarea adunării generale extraordinare a acționarilor în privința încheierii actelor juridice cu impact patrimonial sporit (peste pragul valoric determinabil instituit de lege) reprezintă o adevărată limitare a puterilor administratorilor/directoratului.

465. Tendințe practice. Situația practică cea mai des întâlnită este aceea în care societatea, conștientizând existența unui tip de limitare în privința reprezentanților săi relativ la acte juridice de valoare mare, purcede la emiterea unei hotărâri (a adunării generale extraordinare a acționarilor) de mandatare (generică) a reprezentanților pentru încheierea anumitor acte juridice (eventual este prevăzut în mod general obiectul actului juridic vizat). Cu alte cuvinte adunarea generală nu exprimă un consimțământ particular în privința unui act juridic, ci mandatează reprezentanții să exprime o voința proprie în acest domeniu. Condiția legală a „aprobării" este considerată satisfăcută prin exprimarea de voință socială expresă în sens contrar normei legale: reprezentanții au dreptul să încheie acte (particulare sau generice) care depășesc valoarea legală.

În soluția expusă hotărârea adoptată de adunarea generală reprezintă un mandat acordat administratorilor, nu o exprimare expresă a consimțământului societății în privința unui act juridic anume. Aprobarea prealabilă impusă de lege presupune în mod obligatoriu individualizarea precisă elementelor raportului juridic, ceea ce înseamnă că hotărârea adunării prin care se dă aprobarea prealabilă trebuie să cuprindă toate elementele actului juridic care se încheie.

---

[1] *C. Gheorghe*, Limite legale ale mandatului reprezentanților societăților comerciale, în Dreptul nr. 4/2009.

[2] Art. 55 alin. (2) LS. Limitarea puterilor conferite reprezentanților (organelor din care fac parte) prin clauzele actului constitutiv sau hotărâri statutare este ineficientă (inopozabilă) terților.

[3] Art. 153^{22} LS.

S-a considerat expres că „competențele administratorilor societăților deținute public, sunt plafonate [...], iar orice act individual încheiat de către administratori ce depășește această limită, *ad validitatem*, trebuie aprobat de acționarii societății întruniți în A.G.A. extraordinară"[1]. O astfel de interpretare, din perspectiva condițiilor de validitate, contractuale, surprinde limitele de competență, limitările de capacitate în privința administratorilor. Cu această abordare mărirea competenței administratorilor este în contradicție cu dispozițiile legale imperative ale legii.

466. Pierderile financiare. Legea societară atinge și subiecte speciale în care atribuțiile administratorilor sau directoratului sunt delimitate exact, în conformitate însă cu atribuțiile lor generale de acțiune și supraveghere societară. Situația pierderilor înregistrate de societate este foarte dureroasă pentru părți, dar dincolo de un nivel critic, fixat legal, sunt necesare măsuri de redimensionare statutară care să corespundă noii situații patrimoniale.

Un astfel de prag ce obligă la acțiune este delimitat de scăderea activului net, determinat ca diferență între totalul activelor și totalul datoriilor, sub jumătate din valoarea capitalului social subscris. Actul constitutiv poate solicita intervenția acționarilor chiar și în cazul unei diminuări a activului net mai mici. În acest caz administratorilor sau directoratului le revine obligația convocării adunării generale extraordinare pentru ca acționarii să decidă dintre alternativele disponibile.

Alternativele legale țin de recapitalizarea societății prin majorare de capital social sau reducerea capitalului social. În ambele cazuri este necesar ca operațiunile respective să ridice activul net peste pragul de avarie, legal sau statutar.

În cazul eșecului acestor operațiuni alternativa finală rămâne dizolvarea societății. Orice persoană interesată poate cere dizolvarea judiciară a societății. Instanța poate acorda societății un termen ce nu poate depăși 6 luni pentru regularizarea situației și, în același spirit al salvgardării societății, dizolvarea nu va fi pronunțată dacă regularizarea are loc până în momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătorești de dizolvare.

467. Acțiunea în răspundere socială. Legea reglementează acțiunea în angajarea răspunderii fondatorilor, administratorilor, directorilor, respectiv a membrilor directoratului și consiliului de supraveghere, precum și a cenzorilor sau auditorilor financiari. Practic sunt vizate organele de administrare și control în integralitate.

Acțiunea aparține societății, prin adunarea generală extraordinară, fiind în consecință o *acțiune socială*[2] ce tinde a recupera prejudiciul produs societății prin fapta persoanelor arătate (art. 155 LS). Existența patrimoniului social și a personalității juridice explică această răspundere socială, nu în față fiecărui asociat. Adunarea generală a societății, prin voința socială, este cea îndreptățită să urmărească repararea prejudiciului creat de administratori societății, nu fiecare acționar în parte[3].

În general acțiunea este calificată ca fiind contractuală însă, în realitate, dubla natură a raportului juridic dintre administrator și societate nu poate separa între răspunderea

---

[1] I.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 896/2005 din 11 februarie 2005, dosarul nr. 10660/2004.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 486. Acțiune *ut universi*.

[3] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 441.

contractuală şi cea delictuală, incidente[1]. Şi acţiunea va avea o natură duală fiind în final fără relevanţă calificarea atât timp cât acţiunea este una specială conferită de lege.

Din punct de vedere procedural adunarea generală desemnează şi o persoană însărcinată să exercite acţiunea în justiţie în numele societăţii pentru ca societatea să fie reprezentată în mod legal.

Efectele deciziei de exercitare a acţiunii în răspundere privesc în general încetarea de drept a mandatului persoanei respective, aceasta pierzând în mod implicit încrederea acordată de acţionari. Situaţia este valabilă pentru administratori, membrii directoratului şi membrii consiliului de supraveghere. În privinţa directorilor legiuitorul a ales ca aceştia să fie suspendaţi de drept din funcţie până la rămânerea definitivă a hotărârii. Opţiunea este destul de stranie, pe de o parte fiindcă directorii din sistemul unitar pot fi chiar administratori şi, oricum, ei au acelaşi regim cu administratorii, având la bază un contract de mandat (administrare). Soluţia era viabilă în regimul societar trecut când directorii erau salariaţi, iar regimul contractului de muncă în derulare impunea o asemenea finalitate.

În conformaţia sa specială acţiunea în răspundere socială poate fi decisă în sistemul dualist şi de către consiliul de supraveghere, cu o majoritate însă de două treimi din numărul total de membri ai consiliului de supraveghere, situaţie când din nou mandatul membrilor directoratului încetează de drept.

468. Acţiunea în răspundere *ut singuli*. Legea societară acordă şi minorităţilor de acţionari o satisfacţie în privinţa angajării răspunderii administratorilor. Finalităţile sunt diferite însă, iar avantajele acţionarilor-reclamanţi, îndoielnice. Această acţiune, ca logică, succede respingerii de majoritatea de adoptare în adunarea generală a exercitării unei acţiuni sociale în răspundere contra administratorilor. Succesul unei asemenea acţiuni sociale ar face inutilă acţiunea singulară. Modul de reglementare al acestei acţiuni o face mai degrabă o *acţiune socială specială*, nu strict individuală fiindcă în realitate legea nu consacră un drept individual de acţiune, ci un drept conferit unei minorităţi semnificative.

Sfera persoanelor susceptibile de a suporta acţiunea în răspundere este aceeaşi ca la acţiunea socială. Premisa legală este aceea că adunarea generală nu introduce acţiunea în răspundere socială sau nu dă curs propunerii unuia sau mai multor acţionari de a iniţia o asemenea acţiune. Deşi formularea este ambiguă premisa pare aceea a neexercitării acţiunii în răspundere, fie că adunarea nu s-a pronunţat asupra ei, fie că a respins-o, fie că a încuviinţat-o, dar a lăsat-o în nelucrare. Grupul minoritar necesar iniţierii acţiunii, format din unul sau mai mulţi acţionari, este de cel puţin 5% din capitalul social. Practic aceste premise, plus calitatea de acţionar, încă de la data deliberării adunării asupra acţiunii sociale, se constituie în cerinţe de admisibilitate a acţiunii.

Conform legii societare acţiunea este formulată în nume propriu, dar în contul societăţii. Practic grupul minoritar are conferită o reprezentare specială a societăţii pentru scopurile acestei acţiuni. Din această cauză judecarea în contradictoriu şi cu societatea reprezentată prin administratori este prea împovărătoare pentru acţionari. Administratorii sunt pârâţi şi se află în conflict de interese cu societatea. Citarea

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 433.

societății se face pentru opozabilitate, fiindcă ea este beneficiara reparării prejudiciului. Prejudiciul probat și eventual obținut de la administrator revine societății prejudiciate, singura satisfacție pentru acționarul minoritar fiind rambursarea de către societate a sumelor avansate cu titlu de cheltuieli de judecată. Societatea obține oricum aceste cheltuieli de la administrator odată cu condamnarea acestuia la despăgubiri.

În privința efectelor speciale ale acțiunii în răspundere socială, încetarea sau suspendarea mandatului administratorilor, acestea însoțesc bineînțeles doar acea acțiune, fără incidență în cazul acțiunii *ut singuli*.

Promovarea unei asemenea acțiuni este mai degrabă utopică și fără efecte reale pentru acționarii minoritari. Culmea cinismului, mandatul administratorilor condamnați la despăgubiri nu încetează nici după condamnarea lor definitivă la despăgubiri, votul majoritar fiind singurul în măsură să hotărască în privința lor.

Secțiunea a 4-a. Cenzorii și auditorii societății

469. Funcția de control în societățile pe acțiuni. Societățile de capitaluri renunță la dreptul individual de control al acționarilor care devine stânjenitor pentru activitatea societății care poate avea un număr foarte mare de acționari, unii cu deținere reduse de acțiuni. Amputarea unui asemenea drept social important este realizată prin contramăsuri adecvate pentru controlul gestiunii societății. Organul de control creat normativ pentru a realiza supravegherea gestiunii în numele acționarilor este reprezentat în mod tradițional de *cenzori*. Depășirea unui anumit prag contabil de semnificație atrage obligativitatea organizării *auditului financiar*, activitate care poate să se alăture, fără să excludă în mod absolut, activitatea cenzorilor.

470. Cenzorii. Atribuții. Societatea pe acțiuni va avea cel puțin trei cenzori și un supleant, sau un număr mai mare dacă se prevede prin actul constitutiv, însă întotdeauna impar. Primii cenzori sunt aleși la constituirea societății, de adunarea constitutivă sau la întocmirea actului constitutiv. Durata mandatului lor este de trei ani și pot fi realeși. Cenzorii trebuie să-și exercite personal mandatul lor. Cel puțin unul dintre ei trebuie să fie contabil autorizat în condițiile legii sau expert contabil.

În mod particular, cenzorii nu alcătuiesc un organ colegial, pentru a nu fi compromisă funcția de control. Cu excepția obligațiilor care țin de certificarea situațiilor contabile și întocmirea raportului care le însoțește, când pot prezenta și rapoarte separate, cenzorii își exercită îndatoririle în mod individual. Aceste îndatoriri privesc în general supravegherea gestiunii societății, iar în particular întocmirea legală a situațiilor contabile, a registrelor obligatorii ale societății, evaluarea corectă a patrimoniului societății. Obligațiile cenzorilor nu trebuie privite în mod limitativ fiindcă dreptul lor de control asupra gestiunii este unul deplin. În acest scop au dreptul să obțină în fiecare lună de la administratori o situație despre mersul operațiunilor.

Alături de activitatea lor continuă de control al gestiunii, cenzorii sunt ținuți la realizarea raportului pentru adunarea generală anuală de bilanț, raport care trebuie să însoțească în mod obligatoriu situațiile financiare [art. 163 alin. (3) LS].

471. Incompatibilităţi şi limitări. Deşi activitatea administratorilor se afla tot timpul sub observarea lor, cenzorii „nu pot da descărcări administratorilor şi directorului unei societăţi (comerciale)"[1]. În mod normal aceasta este atribuţia adunării generale care întruchipează entitatea colectivă în faţă căreia administratorul, în calitate de mandatar, dă socoteală.

Legea prevede şi anumite incompatibilităţi pentru cenzori, respectiv nu pot fi cenzori, iar dacă au fost aleşi, decad din mandatul lor rudele sau afinii până la al patrulea grad inclusiv sau soţii administratorilor. Jurisprudenţa, sub regimul Codului comercial, care conţinea aceeaşi interdicţie [art. 186 alin. (6)], a statuat că aceasta nu poate fi înlăturată nici dacă societatea ar fi formată numai din rude până la gradul al patrulea datorită dispoziţiilor imperative[2]. Interpretarea consfinţeşte faptul că activitatea cenzorilor este în beneficiul persoanei juridice, diferită de persoana asociaţilor.

Interdicţia este aplicabilă şi persoanelor care au atribuţii de control în cadrul Ministerului Finanţelor Publice sau care primesc sub orice formă, pentru alte funcţii decât aceea de cenzor, un salariu sau o remuneraţie de la administratori sau de la societate sau ai căror angajatori sunt în raporturi contractuale sau se află în concurenţă cu aceasta.

Interdicţiile privind fondatorii şi administratorii societăţii sunt aplicabile şi pentru cenzori.

472. Rapoartele cenzorilor. Revocarea. Alături de activitatea lor continuă de control a gestiunii cenzorii sunt ţinuţi la realizarea raportului pentru adunarea generală anuală de bilanţ, raport care trebuie să însoţească în mod obligatoriu situaţiile financiare [art. 163 alin. (3) LS]. Toată activitatea lor de control are ca finalitate atenţionarea acţionarilor, raportarea neregulilor, împreună cu soluţiile propuse. Cenzorii sunt ţinuţi, în mod legal, să prezinte membrilor consiliului de administraţie neregulile în administraţie şi încălcările dispoziţiilor legale şi ale prevederilor actului constitutiv pe care le constată. O asemenea prevedere are doar un rol complementar, rezultatele controlului administrării trebuie raportate adunării generale a acţionarilor[3].

Deşi posibilităţile de informare şi control ale cenzorilor sunt plenare, iar ale acţionarilor restrânse, este posibilă şi legitimă sesizarea de către acţionari a unor nereguli în gestiune. Receptorul acestor sesizări este organul de control, cenzorii. Comunicarea între cenzori şi acţionari este una unidirecţională, restricţionată. Cenzorii nu conlucrează cu acţionarii, nu răspund în mod direct sesizării lor. Legea societară interzice cenzorilor să comunice acţionarilor individual, sau altor persoane, date referitoare la operaţiunile societăţii la care au acces prin natura mandatului lor [art. 164 alin. (3) LS]. Această situaţie îşi are explicaţia în mandatul social al cenzorilor, ca şi al administratorilor. Aceştia sunt obligaţi şi răspund în faţa societăţii, nu a acţionarilor individuali.

Dreptul de sesizare al acţionarilor nu poate fi reprimat astfel încât fiecare acţionar are dreptul să reclame cenzorilor neregularităţile de care crede că are cunoştinţă. Aceste

---

[1] Trib. Ilfov, Secţia I comercială, sentinţa din 13.11.1916, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 129.

[2] Trib. Ilfov, Secţia I comercială, sentinţa nr. 126/1942, în Practica judiciara în materie comercială, op. cit., p. 129.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 620. Cenzorii au o datorie de alertare în privinţa gestiunii.

sesizări sunt însă avute în vedere de cenzori doar la întocmirea rapoartelor lor către adunarea generală. Prin excepție, dacă sesizarea aparține acționarilor reprezentând peste 5% din capitalul social (statutar poate fi prevăzută o cotă mai mică) cenzorii sunt obligați să verifice neregularitățile sesizate și să dacă le apreciază întemeiate să le prezinte imediat adunării generale pe care o pot convoca. Altfel sesizarea va fi prezentată la următoarea adunare generală. Adunarea generală este organul suveran în drept sa ia o hotărâre asupra sesizărilor.

Revocarea cenzorilor are o reglementare distinctă de cea a administratorilor. Această atribuție aparține adunării generale extraordinare care o poate exercita în mod liber, *ad nutum*. Această revocare nu poate fi apanajul consiliului de administrație fiindcă nu se poate imagina că cel supus observării și controlului să-l poată revoca pe cel ce-l controlează. Într-adevăr, numai adunarea generală a acționarilor societății putea să decidă cu privire la revocarea sau decăderea cenzorilor din funcție și nu consiliul de administrație. De asemeni, cenzorii nu vor putea funcționa în această calitate în mai mult de cinci societăți concomitent[1], iar răspunderea lor este derivată din regulile mandatului.

473. Auditorii. Prezența auditorilor financiari poate fi o obligație legală, conform reglementărilor contabile, sau o opțiune a societății pe acțiuni. Indiferent de cerințele contabile de auditare societățile administrate în mod dualist sunt obligate să contracteze auditul financiar. În cazul acestora instituția cenzorilor nu este oricum disponibilă față de arhitectura intrinsecă a administrării, cu preluarea atribuțiilor de supraveghere a acesteia de către consiliul de supraveghere.

În cazul auditorilor financiari incompatibilitățile, regulile deontologice și standardele profesionale sunt cele prevăzute prin legea specială de organizare a profesiei și normele organizației profesionale proprii, Camera Auditorilor Financiari din România[2]. Incompatibilitățile stabilite pentru cenzori au fost inserate identic în legea de organizare a auditorilor financiari[3].

Instituția auditului intern însoțește auditul financiar, fiind organizat potrivit normelor elaborate de Camera Auditorilor Financiari din România. În prezent reglementarea cenzorilor și cea a auditului financiar sunt acomodate legal, fără să fie incompatibile, putând chiar să coexiste acolo unde societățile au rămas atașate acestei forme de organizare, dar sunt obligate și la auditul financiar.

474. Auditori financiari și auditori interni. În cazul renunțării la cenzori reglementarea auditorilor financiari și a auditorilor interni este capabilă să preia toate atribuțiile acestora, inclusiv în privința receptării și procesării sesizărilor primite de la acționari.

---

[1] Art. 166 alin. (3) LS. Cenzorii nu pot fi în același timp nici administratori ai societății, cumularea funcției de controlor și controlat fiind imposibilă logic și juridic. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 583.

[2] O.U.G. nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar, republicată și modificată.

[3] Art. 9 din O.U.G. nr. 75/1999.

Auditul intern este definit ca „activitatea de examinare obiectivă a ansamblului activităților entității economice în scopul furnizării unei evaluări independente a managementului riscului, controlului și proceselor de conducere a acestuia"[1].

Obiectivele auditului intern sunt destul de vag trasate din punct de vedere juridic: verificarea conformității activităților din entitatea economică auditată cu politicile, programele și managementul acestuia, în conformitate cu prevederile legale, evaluarea gradului de adecvare și aplicare a controalelor financiare și nefinanciare dispuse și efectuate de către conducerea unității în scopul creșterii eficienței activității entității economice, evaluarea gradului de adecvare a datelor/informațiilor financiare și nefinanciare destinate conducerii pentru cunoașterea realității din entitatea economică, protejarea elementelor patrimoniale bilanțiere și extra-bilanțiere și identificarea metodelor de prevenire a fraudelor și pierderilor de orice fel[2]. În privința statului juridic al auditorilor interni trebuie observat că aceștia nu mai au rolul unui organ statutar al societății comerciale. Aceștia răspund în fața responsabilului cu organizarea auditului intern, funcție executivă, de prepus al societății. Auditorii interni, care răspund în fața consiliului de administrație, nu pot îndeplini rolul de organ statutar de control al gestiunii îndeplinit de cenzori. Standardele profesionale și codurile etice specifice profesiei de auditor nu sunt în măsură a conferi acestora calitatea de organ social de control. Auditul intern este supus evaluării și controlului auditorului financiar care va certifica situațiile financiare anuale. Auditul intern este un sprijin acordat organului de administrare, fiind supus odată cu acesta evaluării și exprimării unei opinii independente de către auditorul financiar în fața acționarilor societății[3].

Raportul juridic dintre societate și auditorul financiar are la bază *contractul de audit,* așezând auditorul într-o poziție diferită de cea a cenzorilor. Legea societară vorbește în privința auditorilor de demitere[4], nu de revocare, în observarea naturii diferite a relației dintre auditorul financiar și societate. În această situație demiterea auditorului trebuie să urmărească regulile contractului și culpa contractuală.

Secțiunea a 5-a. Limitele arbitrajului în privința organelor instituționale societare

475. Domeniul arbitrajului comercial[5]. Drepturile care alcătuiesc domeniul de existență al arbitrajului român sunt redate tradițional prin construcția clasică a *„drepturilor de care părțile pot dispune"* (art. 542 C.proc.civ.). Limitele arbitrajului sunt împinse în acest mod, aparent, până la granița capacității de exercițiu a persoanei. Sensul construcției se vrea însă puțin diferit. Dispoziția se întinde doar până la limitele acceptate pentru tranzacționare, pentru stingerea pe calea unei tranzacții a litigiilor pendinte sau potențiale. O astfel de cuprindere răspunde corect sensului normativ al domeniului de existență al arbitrajului.

---

[1] Art. 21 din O.U.G. nr. 75/1999.
[2] Art. 22 din O.U.G. nr. 75/1999.
[3] Art. 24 din O.U.G. nr. 75/1999.
[4] Art. 111 alin. (2) lit. b[1]) LS.
[5] A se vedea *C. Gheorghe*, Limitele arbitrajului în materia societară, în CJ nr. 8/2010.

Limitele patrimoniale nu sunt singurele repere în definirea domeniului de existență al arbitrajului. Codul de procedură civilă exclude drepturile asupra cărora legea nu permite a se dispune, a se face tranzacție. Sensul larg al interdicției implică existența unor drepturi patrimoniale excluse totuși domeniului arbitrajului prin efectul unor norme juridice speciale. Astfel de excluderi nu ar trebui să ridice probleme tocmai prin identificarea normativă expresă.

476. Arbitrajul și raporturile juridice comerciale. Chiar dacă dreptul nostru nu a rezervat materia arbitrajului exclusiv domeniului comercial, plasându-l în domeniul dreptului comun, jurisprudența relevă faptul că centrul de greutate al acestei materii este situat în perimetrul raporturilor juridice de drept comercial cu care sunt investite formele instituționalizate de arbitraj (organizate de principiu pe lângă camerele de comerț locale sau cea națională).

Într-adevăr, arhitectura procedurală a arbitrajului răspunde cel mai bine nevoilor de celeritate, costuri mai reduse, ocolirea publicității și specializare induse de litigiile comerciale.

Practic domeniul de existență (admisibilitate) al arbitrajului își găsește un teren propice în interiorul dreptului comercial. Acesta este perimetrul natural în care arbitrajul pare a se simți cel mai bine. Regula este admisibilitatea arbitrajului în tot domeniul comercial, domeniu patrimonial și supletiv din punct de vedere normativ, cel puțin ca percepție generală Limitările de admisibilitate rămân a fi verificate după aceleași criterii relevate pentru dreptul comun: domeniul patrimonial cu excluderile normative particulare exprese din acest domeniu.

477. Expunerea incidenței în domeniul societar. Construcția societară, înființarea, funcționarea și încetarea societăților cu personalitate juridică sunt domenii pe care legiuitorul și le rezervă normativ, fără a accepta concursul voințelor particulare. Tipurile de societăți – șabloanele societare – sunt definite prin norme care țin atât de înființarea cât și de funcționarea societăților. Intangibilitatea unor asemenea construcții și refuzul creativității părților în domeniu se traduce prin norme imperative care nu pot fi atinse prin dispoziții constitutive particulare. Domeniul societar originar este astfel unul, de principiu, exclus arbitrajului.

Protecția unor asemenea construcții societare impune și excluderea "dreptului părților de a dispune" în mod liber de instrumentele reprezentate de șabloanele societare. Impune interdicția accesului la arbitraj în domeniul societar.

Norma indicată de obicei ca realizând excluderea arbitrajului din materia societară este una destul de eliptică. Ea dispune că „cererile și căile de atac prevăzute de prezenta lege [legea societăților], de competența instanțelor judecătorești, se soluționează de instanța locului unde societatea își are sediul principal" (art. 63 LS). Ea este, evident, în primul rând o normă procedurală care fixează competența teritorială exclusivă (inutilă totuși față de definirea ei apriorică în aceleași coordonate de Codul de procedură civilă). Dar sintagma edificatoare „de competența instanțelor judecătorești" permite o dublă lectură: una pur atributivă și neesențială, stabilind câmpul de aplicare al normei la acțiunile care, în mod natural sunt de competența instanțelor, iar altă lectură a

aserțiunii poate fi imperativă, în sensul căutat, direcționând, în mod exclusiv, cererile și căile de atac către instanțele judecătorești.

De obicei ultima lectură este acceptată ca edificatoare în privința materiei arbitrajului, excluzând „cererile și căile de atac" din domeniul societar din aria de interes a arbitrajului.

Excluderea acțiunilor de drept societar din aria de cuprindere a arbitrajului are la bază, în cele mai multe cazuri, nesatisfacerea condiției caracterului patrimonial al litigiilor. Soluțiile din jurisprudență, de obicei prudente și fără îndrăzneala de a se depărta semnificativ de litera normei juridice, sunt și ele puțin tranșante. Interesantă este, de exemplu, inserția unei clauze compromisorii în interiorul actului constitutiv al unei societăți comerciale. De principiu șablonul societar nu este compatibil cu o asemenea soluție. Lectura anterioară a legii societăților poate susține o asemenea soluție, respectiv litigiile născute sub imperiul legii societăților sunt de competența instanțelor judecătorești, cu excluderea incidenței arbitrajului. O privire restrictivă, așa cum ar trebui să fie abordarea în cazul unei situații care rămâne totuși o excepție, restrânge competența exclusivă a instanțelor judecătorești la acțiunile „numite" de legea societăților. Adică cenzurarea înregistrărilor societare, opoziția, cererea în anulare sau în constatarea nulității hotărârilor adunărilor generale a acționarilor etc. O astfel de abordare, punctuală, pare mai aproape de reglementarea generală a arbitrajului. O excludere globală, din tot domeniul societar, pare excesivă și nefundamentată[1]. Nu e mai puțin adevărat că, *de lege ferenda*, o asemenea soluție ar putea fi îmbrățișată pentru a sublinia caracterul imperativ al normelor care țin de înființarea, funcționarea și încetarea societăților comerciale.

478. Arbitrajul și administratorii. Regimul legal al administratorilor societății ridică și el problema admisibilității clauzelor compromisorii în contractele de administrare încheiate între societate și reprezentanții săi legali. Problematica este relativ nouă, atât timp cât sub regimul reglementării anterioare mandatul administratorilor avea un mai pronunțat caracter legal, actul de numire al acționarilor, hotărârea adunării generale a acționarilor, prevalând față de exprimarea de voință a administratorilor care rămânea de cele mai multe ori tacită sau exprimată prin executarea efectivă a actelor de administrare. În lipsa unui contract explicit, *instrumentum probationis*, de administrare, problema clauzei compromisorii era inexistentă.

Caracterul dual, legal și contractual, al raportului juridic dintre administratori și societate este bine conturat și are tradiție în doctrina[2] și jurisprudența comercială.

---

[1] Practica judiciară nu a străbătut oricum acest drum. Într-o speță relevantă în domeniu, Înalta Curte de casație și Justiție s-a mulțumit să interpreteze cât mai restrictiv o clauză compromisorie dintr-un act constitutiv, fără a considera ilicită utilizarea ei într-un asemenea contract: I.C.C.J., Secția comercială, decizia nr. 761/2002 – „Având în vedere că obiectul acțiunii îl constituie pretențiile formulate de un fost asociat referitoare la plata contravalorii unor utilaje livrate pârâtei și neachitate precum și plata de dividende datorate pentru anul 1997, iar din redactarea clauzei compromisorii rezultă că părțile au înțeles să supună instanței de arbitraj numai neînțelegerile ce s-ar ivi în legătură cu statutul și contractul de societate, în mod greșit instanțele au exclus competența judiciară în soluționarea acestui litigiu".

[2] *St.D. Cărpenaru*, Drept comercial român, op. cit., p. 236-238.

Existența acestei laturi legale, foarte pronunțate, s-a tradus în neglijarea în mare parte a naturii contractuale a raportului juridic. Legea societăților se ocupă doar de reglementarea „investirii" administratorilor, de condițiile de validare exclusiv în privința exprimării consimțământului social prin intermediul voințelor acționarilor. De asemenea, clauzele de administrare din conținutul actului constitutiv participau la detalierea puterilor de reprezentare, gestiune, desemnare și organizare a pluralității de administratori în interiorul normelor imperative din actul normativ. În mod tradițional aceasta este dimensiunea „contractuală" a mandatului administratorilor. Manifestarea ei constă în conturarea voinței asociaților care dă substanța voinței sociale în proiectarea specială a mandatului administratorilor, cu respectarea limitelor legale care privesc această exprimare de voință.

Tratarea contractuală fixează solid centrul de greutate al reglementării în domeniul asociaților și al societății. De fapt contra-partea lipsește total din această tratare. Administratorul rămâne actorul subînțeles căruia nu-i rămâne decât să adere sau nu la o construcție juridică legală și contractuală la care nu a participat defel.

Lucrurile nu sunt cu totul atipice. Reglementarea de drept comun a mandatului acceptă acest mod particular de formare a contractului. Mandantul dă de regulă o „împuternicire", o expresie exclusivă a voinței proprii care fixează întinderea materială și temporală a mandatului și persoana desemnată pentru acest obiect. Voința mandatarului poate să rămână neexprimată în cuprinsul acestei „împuterniciri", exteriorizarea sa fiind fixată prin executarea obiectului mandatului.

479. Contractul de administrare. Forma prezentă a legii societăților exclude formarea simplificată relevată a contractului de mandat al administratorilor. Lipsa consimțământului explicit și anterior al administratorilor împiedică exercitarea funcției de administrator. Practic raportul juridic complex dintre administrator și societate nu se naște până la momentul acceptării de către administrator a mandatului „în mod expres"[1].

Nașterea raportului juridic are în acest mod un izvor incontestabil: manifestarea de voință explicită a ambelor părți, respectiv societatea, prin hotărâre a adunării generale (sau consens al asociaților în cazul numirii prin actul constitutiv inițial) și administratorul, prin exprimare neechivocă de voință.

Legea societăților vorbește și de un contract de administrare. În mod eliptic și singular, dar suficient pentru a extinde cerința unui simplu „accept" până la necesitatea existenței unui contract de administrare[2], *instrumentum probationis*. Mai mult, modul de reglementare poate să sugereze obligativitatea formei scrise, *ad validitatem*, pentru un asemenea contract. Lucru întărit și de legătura dintre acesta și actul constitutiv, care suportă ca regulă aceeași cerință de formă, în sensul în care contractul de „administrație" nu poate contrazice normele speciale de administrare, de natură contractuală, din cuprinsul actului constitutiv.

Existența contractului de administrare permite chiar ca întreaga „încărcătură" contractuală a reglementării mandatului administratorilor să fie translatată în acest înscris,

---

[1] Art. 153[12] LS.

[2] Art. 144[1] LS. Referirea este de fapt la „contractul de administrație". Formularea legală este plasată în contextul obligativității existenței unor clauze care vizează problematica obligației de confidențialitate a administratorilor în cuprinsul acestui contract.

caz în care el devine practic o anexă a actului constitutiv. Şi în acest caz regimul legal al mandatului administratorilor rămâne însă intangibil, acesta acţionând ca o limitare legală pentru exprimarea voinţelor părţilor. Dezavantajul unei asemenea soluţii rezidă în caracterul „efemer" al contractului de administrare în raport cu actul constitutiv. Un astfel de act este în mod esenţial limitat temporal[1] şi supus practic rezilierii unilaterale la iniţiativa părţilor[2]. Contractul de administrare rămâne legea părţilor, societatea, respectiv administratorul particular, astfel încât nu supravieţuieşte încetării, din orice cauză, a mandatului administratorului. Un alt act de acest tip trebuie să-i ia locul, preluând încărcătura contractuală a instituţiei juridice a administratorului.

Tot ceea ce a fost expus este valabil, *mutatis mutandis*, şi pentru membrii celorlalte forme instituţionalizate de gestiune: directorii în sistemul de administrare unitar, membrii consiliului de supraveghere şi cei ai directoratului pentru sistemul dualist de administrare.

De altfel izvorul normativ, alături de referirea unică la „contractul de administraţie", citată, conţine şi identificarea contractului încheiat între directori şi societate în specia „contract de mandat"[3].

Consideraţiile sunt aplicabile şi auditorilor care, datorită statutului profesional aparte, au cunoscut de la început o fixare clară a mandatului lor în materialitatea contractului de audit.

Remarcăm incidenţa prezentă generalizată a contractelor, în sens *instrumentum*, în privinţa organizării organelor instituţionalizate ale societăţilor. Asta nu înseamnă că aceste structuri au fost cucerite pentru voinţa părţilor, că au intrat în domeniul libertăţii voinţelor asociaţilor. Nu înseamnă nici revenirea la teoria contractuală a societăţii, în dauna teoriei instituţiei.

De fapt natura legală a mandatului conferit membrilor organelor instituţionalizate ale societăţii continuă să coexiste, într-un dualism acceptat, cu natura contractuală. Ultima rămâne însă o latură de „completare" care nu poate ştirbi preeminenţa regimului legal.

Existenţa contractelor particulare (de administrare, de mandat, de audit), ca *instrumentum*, şi apetenţa comercială crescută pentru apelarea la arbitraj creează condiţiile pentru inserarea tot mai răspândită a clauzelor compromisorii în aceste acte juridice.

---

[1] Regimul legal al administratorilor impune durata limitată a mandatului administratorilor, respectiv maxim doi ani pentru mandatul conferit primilor administratori şi maxim patru ani pentru mandatele următoare (art. 153[12] LS).

[2] În mod tradiţional mandatul administratorilor poate fi revocat *ad nutum*, dincolo de orice culpă a acestora, la iniţiativa societăţii. Este de fapt soluţia de drept comun la care făcea trimitere şi Codul comercial (art. 1552 C.civ.). Adaosul legal prezent are o importanţă mai mică decât pare la prima vedere, respectiv societatea datorează daune interese dacă revocarea survine fără „justă-cauză". Această formulare transcende în mod clar ideii de culpă. Limitele acestei noţiuni vor fi fixate cazuistic de jurisprudenţă. De exemplu, schimbarea controlului într-o societate comercială ne pare a se înscrie în noţiunea de *justă cauză*. Pentru egalitate de tratament juridic norma trebuia să privească ambele părţi: respectiv şi revocarea, dar şi demisia.

[3] Art. 152 alin. (2) şi (3) LS. Referirea priveşte asimilarea remuneraţiei directorilor cu veniturile salariale din perspectiva obligaţiilor către bugetul consolidat al statului.

480. Arbitrabilitatea contractului de administrare. Apariția clauzelor compromisorii în contractele de administrare ridică probleme juridice din perspectiva admisibilității.

La prima vedere atât caracterul patrimonial cât și tranzacționabilitatea, lipsa interdicțiilor în privința compromisului amiabil realizabil între părți, par a fi satisfăcute și nici un impediment nu pare a sta în calea „arbitrabilității" litigiilor izvorâte în legătură cu contractele de administrare.

Indiferent de existența sau nu a unui contract de administrare (*instrumentum*) conținutul juridic al raportului juridic având ca părți administratorul și societatea comercială comportă drepturi și obligații multiple, percepute unitar, indiferent de izvorul juridic: legea sau actul constitutiv. O tratare separată, după izvorul juridic concret, ar despica raportul juridic unic, relevând două răspunderi juridice: răspunderea contractuală (pentru obligațiile derivând din actul constitutiv și/sau contractul de administrare) și o răspundere juridică delictuală, derivând din obligațiile instituite de legea societăților și alte norme legale.

Legea specială a înlăturat complicațiile implicate de lucrul cu două răspunderi (regula de drept comun este că răspunderea contractuală este o răspundere specială, în care faptul juridic generator îmbracă forma particulară a acordului de voință, răspunderea delictuală fiind chemată să reglementeze situațiile rămase în afara acesteia, ca o răspundere de generală). Legea societară instituie o răspundere specială a administratorilor pentru „încălcarea îndatoririlor lor față de societate" [art. 155 alin. (1) LS]. Cele două răspunderi juridice sunt în acest fel mixate în mod unic, fără decelarea izvorului juridic din care derivă „îndatoririle" administratorilor. Legea nu se folosește de distincția între răspunderea contractuală și cea delictuală, obligând și interpretul să folosească această cale, a răspunderii unice speciale.

Interpretul trebuie să accepte faptul că invocarea, în cazul administratorilor, a unui tip de răspundere juridică, contractuală sau delictuală, dincolo de conformația particulară a răspunderii speciale instituită de lege, nu mai este disponibilă[1]. Orice acțiune sprijinită pe o răspundere a administratorilor trebuie să satisfacă cerințele speciale de exercitare impuse de legea societăților[2].

481. Acțiunea în răspundere contra administratorilor. În cazul acțiunilor exercitate de societate împotriva administratorilor[3] avem în consecință o acțiune specială conferită de legiuitor. Existența acestei acțiuni speciale face ca revenirea la condițiile generale de exercitare a acțiunii civile (comerciale) să nu mai fie posibilă pentru societate.

---

[1] Ne referim strict la raportul juridic dintre societate și administratori. Exercitarea unei acțiuni de către un acționar, în nume propriu, rămâne disponibilă acestuia în ipoteza satisfacerii condițiilor de angajare a răspunderii civile delictuale (de exemplu).

[2] Practic legea instituie două acțiuni în răspundere: o acțiune directă, exercitată în condițiile deliberării afirmative a adunării generale a acționarilor (art. 155 LS) și o acțiune „derivativă" (indirectă) exercitată tot „în contul societății" în lipsa aprobării adunării sau în situația neexercitării acțiunii directe (art. 155[1] LS).

[3] Ne referim doar la administratori pentru conciziune. Toate susținerile sunt valide (*mutatis mutandis*) și pentru fondatori, directori, respectiv membri ai consiliului de supraveghere și ai directoratului, precum și a cenzorilor și auditorilor societății.

Acțiunea „numită" de legiuitor atrage consecințe importante și în privința „arbitrabilității". Norma care prevede că "cererile și căile de atac prevăzute de prezenta lege, de competența instanțelor judecătorești, se soluționează de instanța locului unde societatea își are sediul principal" (art. 63 LS) a fost prezentată ca fiind izvorul legal al excluderii arbitrajului din materia societară. Cel puțin în situația acțiunilor speciale „numite" de legea societăților, precum în situația relevată.

În interpretarea redată, acțiunea în răspundere, în ambele sale variante (directă sau derivativă) este o acțiune de competența exclusivă a instanțelor judecătorești. Incidența arbitrajului este exclusă, clauza compromisorie inclusă în contractul de administrare existent între societate și administratori fiind ineficientă.

Această situație este un caz de excepție în care un litigiu patrimonial și „tranzacționabil" de principiu, este totuși exclus incidenței arbitrajului.

482. Acțiunea în răspundere contra societății. Raportul juridic dintre administratori și societatea comercială, având izvorul în prezent în „contractul de administrație" numit de legiuitor va cuprinde, în mod curent, și drepturile administratorilor și implicit obligațiile corelative pentru societate. Separat de remunerația cuvenită, administratorii se bucură de obicei de avantaje patrimoniale cuantificate prin participarea la profit, scheme de distribuire de acțiuni sau opțiuni de subscriere etc. Astfel de înțelegeri fac ca ponderea patrimonială majoră în „pachetul" de beneficii ale administratorilor să fie reprezentată de o variabilă care evoluează în legătură directă cu rezultatele financiare ale societății, fiind determinată odată cu fixarea acestora prin documentele financiare, după un algoritm contractual clar. Modelul anglo-saxon a impus o asemenea abordare a recompensării reprezentanților în funcție de rezultatele obținute.

Raportat la aceste drepturi consfințite contractual și administratorii se pot afla în situația exercitării de acțiuni în răspundere contractuală împotriva societății. Izvorul lor juridic este contractul de administrare, contractul de mandat etc., existent între aceștia și societate.

Legea societăților nu se preocupă de aceste acțiuni. „Acțiunea în răspundere" numită de lege acoperă, în mod evident, doar latura pasivă a raportului obligațional dintre societate și administratori, respectiv obligațiile administratorilor față de societate.

Latura activă (din perspectiva administratorilor) a raportului juridic obligațional rămâne să fie supusă dreptului comun. Acțiunea administratorilor va fi verificată din perspectiva condițiilor generale de exercitare a acțiunii civile, în lipsă de dispoziții speciale.

Lipsa unei acțiuni conferite de legea societăților, care să atragă competența exclusivă a instanțelor judecătorești, combinată cu satisfacerea condițiilor generale de admisibilitate a arbitrajului, conferă validitate, pentru o astfel de acțiune, unei clauze compromisorii existente în contractul de administrare.

483. Conflictul de jurisdicții. Situația descrisă este una greu acceptabilă. Contractul de administrare este un contract sinalagmatic, în care prestațiile, drepturile și obligațiile părților sunt interdependente. Prestația administratorului și îndatoririle față de societate ale administratorului sunt însoțite de contraprestația societății, tradusă în obligațiile patrimoniale față de administrator. Drepturile și obligațiile părților sunt

interdependente, alcătuind conținutul juridic al unui raport juridic unic născut între societate și administrator, raport juridic având ca izvor contractul de administrare (și legea).

Excluderea arbitrajului pentru o acțiune (a societății) și acceptarea lui pentru alta (a administratorului) contrazice unitatea juridică a raportului juridic și soluționarea unitară a litigiilor[1].

Interdependența prestațiilor părților ar trebui să excludă cercetarea lor separată, în litigii din jurisdicții generale diferite.

De lege ferenda o asemenea situație ar trebui să-și găsească o soluție normativă expresă[2].

Chiar și în lipsa unei asemenea soluționări opinăm că cercetarea admisibilității arbitrajului ar trebui să privească întregul raport juridic dedus judecății, în privința întregului său conținut patrimonial[3]. Iar invalidarea unei clauze compromisorii ar trebui să privească raportul juridic patrimonial, tot în întregime. Excluderea arbitrajului pentru anumite acțiuni patrimoniale izvorând dintr-un raport juridic trebuie să contamineze toate acțiunile patrimoniale bazate pe acel raport juridic. Nu negăm faptul că, în privința situației expuse, se pot găsi argumente și pentru soluția contrară. Limitarea propusă a arbitrajului pleacă și de la configurația percepută pentru domeniul societar, ca fiind edictat în interesul terților și al acționarilor, de ordine publică și deci neindicat pentru soluționări amiabile care pot leza drepturile acestor părți: terți și acționari.

Secțiunea a 6-a. Protecția și drepturile acționarilor în societățile pe acțiuni

484. Drepturi fundamentale. Legislația societăților pe acțiuni asigură acționarilor acele drepturi izvorâte din chiar principiile de funcționare ale prototipului societar și natura juridică a acțiunilor. În mod inevitabil cuprinsul exact al drepturilor atașate valorilor mobiliare reprezentate de acțiuni este delimitat exact de prevederile particulare ale actului constitutiv. Dimensiunea legală asigură însă un conținut minim, o

---

[1] Situația nu este una ipotetică. Premisa o constituie angajarea răspunderii administratorilor în adunarea generală „de bilanț", concomitent cu refuzarea, pe aceste considerente, a onorării bonusurilor contractuale ale administratorilor conform situațiilor financiare aprobate (pentru exercițiul financiar încheiat) și pentru anii anteriori.

Subsecvent adunării generale, societatea a intentat acțiunea în răspundere (la tribunalul sediului social), iar administratorul a sesizat tribunalul arbitral pentru plata drepturilor sale, activând clauza compromisorie din contractul de administrare.

[2] Așa cum se întâmpla în cazul faptelor de comerț „mixte", cele comerciale pentru o parte și civile pentru cealaltă parte. Legea extindea competența comercială în privința întregului raport juridic [art. 56 C.com. (abrogat)].

[3] Jurisprudența cunoaște și soluții contrare care consideră chiar faptul că mixarea elementelor patrimoniale cu cele nepatrimoniale păstrează arbitrabilitatea cauzei: „(...) susținerea intervenientei că cererea de față nefiind patrimonială, nu poate constitui obiectul unei convenții arbitrale, este neîntemeiată, dat fiind faptul că excluderea dintr-o societate antrenează atât efecte personal-nepatrimoniale, cât și consecințe patrimoniale" (Trib. București, Secția comercială, decizia nr. 453/1994).

schemă minimală care nu poate fi demontată de dispozițiile statutare particulare. Acest conținut minimal este considerat ireductibil, o sumă de drepturi individuale, proprii, la care actele constitutive nu pot atenta[1]. În mod tipic aceste drepturi fundamentale sunt observate din prisma dihotomiei patrimonial/nepatrimonial. Dreptul de a participa la adunările generale și la nominalizarea persoanelor responsabile pentru gestionarea societății, dreptul la informare, dreptul de vot în adunările generale precum și dreptul de-a participa proporțional cu deținerea la majorarea capitalului social (dreptul de preemțiune) reprezintă *principalele drepturi nepatrimoniale* în timp ce participarea la împărțirea profitului, respectiv dreptul la dividende și cota cuvenită în urma lichidării sunt *drepturi patrimoniale* esențiale ale tuturor acționarilor[2].

Subsecțiunea 1. Drepturi patrimoniale

485. Dreptul la dividende. Prin operațiunea de aportare la constituirea societății sau la majorarea capitalului social acționarii speră în primul rând la primirea, dacă este posibil în fiecare an, a dividendelor, a rezultatului activității economice a societății. Dividendul este partea din beneficii distribuită de societate fiecărui acționar în cuantumul fixat de adunarea generală ordinară[3]. Dreptul la dividende și eliberarea societății de obligația decurgând din acestea a fost expres reglementat. Doctrina și jurisprudența soluționase problematica dividendelor pornind de la principiile teoriei generale a obligațiilor, respectiv dividendele reprezintă drepturi de creanță născute în persoana acționarilor la data adoptării hotărârii adunării generale prin care se individualizează dividendul. Obligațiile societății, corelative individualizării dividendului, devin exigibile la data când hotărârea adunării generale este executorie, la data publicării în Monitorul Oficial ori la îndeplinirea termenului dacă hotărârea prevede expres un termen ca o modalitate a actului juridic, iar aceste obligații produc de drept dobânzi în cazul neexecutării la termen.

Natura juridică a dividendelor a fost disputată în timp de doctrina comercială. Asimilarea dividendelor cu fructele civile care se culeg zi cu zi în cursul unui exercițiu financiar a fost abandonată. Legea societăților prevede faptul că aporturile la constituirea societății nu sunt purtătoare de dobânzi, ca efect al transferului de proprietate al aporturilor din patrimoniul personal al acționarilor în patrimoniul social, iar dreptul la dividende însoțește posesia titlurilor, nu este cuvenit proporțional cu durata posesiei acestor titluri[4]. În acest mod dividendele sunt drepturi societare atașate acțiunilor care se transmit în integralitate odată cu transferul titlurilor. Acestea urmează regimul societar și nu se nasc decât odată cu aprobarea situațiilor financiare de către adunarea generală ordinară, acționarul neavând un drept pur și simplu de creanță asupra societății decurgând direct din posesia titlului. Sunt drepturi condiționale supuse existenței beneficiului social anual net, dar și aprobării lor de către societate.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 354.
[2] A se vedea *C. Duțescu*, Drepturile acționarilor, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2007.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 356.
[4] Art. 67 alin. (6) și art. 68 LS.

Regimul legal prezent [art. 67 alin. (2) LS] consfințește faptul că dividendele se distribuie asociaților proporțional cu cota de participare la capitalul social vărsat, în lipsă de altă prevedere statutară. În privința exigibilității obligației sociale de plată a dividendelor individualizate prin hotărâre a adunării generale și curgerii de drept a dobânzilor legale, acestea se plătesc în termenul stabilit de adunarea generală a asociaților, dar nu mai târziu de șase luni de la data aprobării situației financiare anuale aferente exercițiului financiar încheiat. În caz contrar, societatea datorează dobânda penalizatoare legală[1].

Individualizarea și plata dividendelor poate fi un motiv de conflict între administrația societății și micii acționari. Administrația și acționarii majoritari au tendință de a repartiza profitul în rezerve statutare și de a-l utiliza pentru dezvoltarea societății în timp ce micii acționari doresc plata dividendelor aferente. Societățile cotate acomodează aceste așteptări prin tendința de individualizare și plată anuală a unui dividend.

Dividendele nu pot fi repartizate decât din profitul social net, în caz contrar acestea sunt declarate fictive și supuse repetițiunii. Plata dividendelor este realizată în mod curent în bani. Societățile apelează și la practica plății dividendelor în acțiuni[2], respectiv profitul net este alocat unor rezerve statutare care sunt incorporate în capitalul social prin distribuirea de acțiuni „gratuite" acționarilor existenți[3]. O asemenea practică asigură un avantaj de trezorerie pentru societate care nu mai este nevoită să plătească dividendele, iar acționarii capătă acțiuni noi pe care le pot valorifica liber.

486. Dreptul asupra unei părți din activul social. Acționarii nu dispun de un drept recunoscut asupra patrimoniului social ca urmare a proprietății societății însăși asupra bunurilor aportate sau dobândite de societate în timpul funcționării ei. Posesia asupra acțiunilor nu este însă total străină de evoluția patrimonială a societății. Valoarea în sine a acțiunii este dependentă de activul social, chiar dacă într-un mod indirect. În cazul dizolvării societății și a procedurii subsecvente a lichidării, pasivul societății este acoperit, iar restul valoric patrimonial, activul net, este distribuibil între acționari conform participării la capitalul social dacă normele statutare nu derogă de la această regulă. Practic are loc o operație patrimonială inversă constituirii societății. Bunurile sociale sunt împărțite repartizate, valoric, acționarilor, după achitarea datoriilor sociale acumulate[4].

Dreptul acționarilor asupra activului social este considerat că se manifestă și în cazul majorărilor de capital social. Acționarii posedă un drept de preferință aferent acestor majorări, respectiv un drept de cumpărare a acțiunilor la un preț preferențial tocmai în virtutea drepturilor recunoscute lor asupra activului social[5]. Noii acționari vor plăti eventual o primă de emisiune, un preț datorat pentru a se bucura și ei de drepturi egale asupra activului social. Totuși societatea nu este obligată să emită noile acțiuni la

---

[1] Art. 3 din O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, cu modificările ulterioare.

[2] *C. Duțescu*, op. cit., p. 489.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 362.

[4] *C. Duțescu*, op. cit., p. 694.

[5] *Ph. Merle*, op. cit., p. 366.

un preț diferit pentru terți, majorat cu prima de emisiune, putând oferi acțiunile la același preț, nu mai mic decât valoarea nominală.

Subsecțiunea a 2-a. Drepturile nepatrimoniale

487. Dreptul de a fi acționar al societății. Posesia acțiunii conferă în mod logic calitatea de acționar al societății. Un asemenea drept poate fi considerat tautologic, fiind inerent posesiei acțiunii. Totuși referirea este la participarea la viața socială în general, la calitatea de parte a actului constitutiv în sens general. Importanța dreptului poate fi evidențiată în contrapunere cu societățile de persoane. Caracterul contractual al acestora și șabloanele societare particulare relevă posibilitatea excluderii asociatului. În condițiile legii sau în baza prevederilor statutare, legat de ideea de culpă contractuală, asociatul poate suporta o rezoluțiune parțială a actului constitutiv, respectiv poate să fie exclus din viața socială, poate să-și piardă calitatea de asociat. În privința acționarilor o asemenea posibilitate este în principiu exclusă. Societățile de capitaluri pierd caracterul *intuitu personae* al actului constitutiv, iar în contrapunere, participația acționarului la capitalul social se bucură de o protecție sporită. Acționarul are resorturi limitate de participare la gestiunea și activitatea societății astfel încât sancțiunile care țin în general de abuzul de bunuri sociale nu i se mai pot aplica. Pierderea calității de acționar ar fi echivalentă cu deposedarea forțată de valorile sale mobiliare, fapt incompatibil cu regimul juridic al acestor titluri de valoare. Rămâne ca acționarul să fie supus deposedării doar cu titlu de excepție.

O asemenea de excepție este reprezentată de punerea în întârziere pentru neplata vărsămintelor aferente acțiunilor subscrise. Când acționarii nu au efectuat plata vărsămintelor pe care le datorează în termenele legale, societatea îi va soma la îndeplinirea obligațiilor prin somație colectivă, publicată de două ori, la un interval de 15 zile, în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, și într-un ziar de largă răspândire. Dacă acționarii nu vor efectua nici acum vărsămintele, organul administrativ are de ales între executarea silită a acționarilor și anularea acestor acțiuni nominative (art. 100 LS). În acest ultim caz are lor practic deposedarea acționarilor de titlurile lor, eliminarea lor din viața socială. Decizia de anulare se va publica în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, iar în locul acțiunilor anulate vor fi emise noi acțiuni purtând același număr, care vor fi vândute. Dacă prețul obținut nu este îndestulător pentru acoperirea tuturor sumelor datorate societatea va putea să se îndrepte în continuare împotriva acționarilor, iar în ultima instanță, dacă eșuează toate aceste demersuri, societate va reduce capitalului social aferent acestor acțiuni.

Legile speciale mai pot prevedea și alte proceduri de deposedare a acționarilor de acțiunile lor, însă principiul rămâne acela al recunoașterii și protecției dreptului acționarului de a participa la viața socială[1].

Acest drept de participare la viața socială al acționarului include, în sens larg, toate drepturile aferente calității de acționar, inclusiv dreptul de vot și drepturile speciale ale acționarilor. Datorită importanței lor drepturile nepatrimoniale speciale vor fi tratate separat.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 368.

488. Dreptul de vot. Dreptul de vot al acționarului este dreptul de a participa la toate deciziile luate de organul deliberativ. Chiar dacă ponderea în mecanismul deliberativ poate fi foarte mică, dreptul de vot este unul din cele mai importante drepturi nepatrimoniale ale acționarului. Din punct de vedere practic importanța votului depinde de numărul de voturi deținute. Cum acestea sunt dependente de numărul de acțiuni deținute, fiecare acțiune este importantă pentru determinarea rolului acționarului în procesul decizional.

Unul din cele mai dragi principii ale conducerii corporative, „o acțiune, un vot" (*one share, one vote*) a fost îmbrățișat de la început de legislația noastră societară (cu posibilitatea amendării lui prin actul constitutiv)[1]. Acest *principiu al proporționalității* este regula societară în privința alocării drepturilor de vot, exprimat și ca „la capital egal, vot egal"[2].

Legea permite limitarea statutară a drepturilor de vot ale fiecărui acționar ca o măsură anti-control sau pentru protecția micilor acționari, însă aplicațiile practice sunt destul reduse[3].

Suspendarea drepturilor de vot este o măsură legală de protecție reglementată pentru situații particulare de legea societară[4]. Rațiunea suspendării poate sta în conflictele de interese (art. 127 LS), neplata la zi a vărsămintelor datorate [art. 101 alin. (3) LS], nerespectarea prevederilor privind participarea la adunarea generală (art. 123 și 125 LS). În toate cazurile suspendarea dreptului de vot este o sancțiune legală și temporară.

Legea societară interzice cedarea dreptului de vot, respectiv renunțarea la acesta sau înstrăinarea separat de titlul propriu-zis [art. 128 alin. (1) LS]. Totuși practica mandatelor de reprezentare discreționare sau mandatul în alb nu intră sub această interdicție fiindcă astfel de împuterniciri pot fi revocate oricând și nu echivalează cu o cedare a drepturilor de vot.

Convențiile asupra votului au cunoscut o reflectare diferită în legea societară. De la concepția inițială, total prohibitivă, legea actuală interzice doar subordonarea intenției de vot instrucțiunilor provenind de la societate sau de persoanele cu atribuții de reprezentare socială [art. 128 alin. (2) LS]. *Per a contrario*, convențiile de vot convenite între acționari sunt valide fără restricții. Această reglementare lasă teren de afirmare pactelor societare, înțelegerilor dintre acționari realizate în afara cadrului statutar care urmăresc în general formarea unei majorități stabile și cointeresate de vot. O asemenea viziune permisivă încurajează afirmarea grupurilor de societăți interesate în exercitarea indirectă a controlului, inclusiv prin convenții de vot[5].

---

[1] Art. 101 alin. (1) LS.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 371.

[3] Art. 286[1] din Legea nr. 297/2004. Este bine cunoscută situația societăților de investiții financiare unde limitarea privește în primul rând deținerile și în subsidiar drepturile de vot. O persoană poate dobândi (cu orice titlu) cel mult de 5% din capitalul social al societăților de investiții financiare (SIF) rezultate din transformarea fondurilor proprietății private. Exercițiul dreptului de vot este suspendat pentru acțiunile deținute de acționarii care depășesc limita legală.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 374.

[5] *Ph. Merle*, op. cit., p. 378.

Subsecțiunea a 3-a. Drepturi legale instituite pentru protecția acționarilor. Minoritatea de acționari

489. Introducere. Modernizarea legii societare implică și alinierea cu tendințele moderne, de guvernanță corporativă, de întărire a poziției acționarilor, de atragere a acestora la viața socială[1]. Conferind un nivel sporit de drepturi acționarilor, aceștia sunt tentați să le exercite și să participe mai mult la viața socială. Depărtarea de evoluția societății este specifică societăților cu un număr foarte mare de acționari, unii cu deținere mici, care sunt descurajați să participe la procesele decizionale de convențiile de vot de existente, de capacitatea doar teoretică de influențare a procesului de adoptare a hotărârilor. Absenteismul acționarilor din viața socială este de multe ori încurajat de abuzul de majoritate, de impunerea mecanică a hotărârilor prin vot majoritar. Drepturile speciale conferite acționarilor țintesc acționarii minoritari[2], dar ele sunt conferite tuturor acționarilor. Participarea sau nu la o majoritate de vot nu este total fixată astfel încât acționarii pot trece dintr-o tabără în alta și pot fi în mod egal beneficiarii normelor de protecție specială. Din această cauză tratarea separată a minorităților de acționari și a drepturilor lor nu este riguros corectă față de reglementarea acestor drepturi. Ele aparțin în mod egal tuturor acționarilor. Sistemul drepturilor recunoscute acționarilor trebuie să acomodeze dorința micilor acționari de a controla și de a interveni în gestiunea societății și cerința acționarilor majoritari de a nu exista interferențe regulate și sâcâitoare în activitatea societății de natură să impieteze asupra continuității și cadenței activității. Doctrina a statuat abuzuri din ambele sensuri, un *abuz de majoritate*, perceput ca un abuz de drept care subordonează interesul social interesului majorității, cu excluderea și discriminarea minorității, și un *abuz de minoritate* tradus în împotrivirea și tendința de blocare, în special judiciară, a tuturor modificărilor statutare și deciziilor sociale în general[3]. Remediile pot fi căutate doar în teoria abuzului de drept fiindcă fiecare parte invocă exercitarea unor drepturi recunoscute de legislația societară.

490. Dreptul de a convoca adunarea generală. Dreptul de a convoca adunarea generală a societății aparține ca regulă administratorilor societății, împreună cu fixarea ordinii de zi a adunărilor. Convocarea adunărilor generale este un drept important fiindcă doar ea creează cadrul statutar de dezbatere și deliberare asupra unor probleme importante pentru societate. În observarea acestui fapt legea societară asigură acționarilor cu o deținere de peste 5% din capitalul social al societăți oportunitatea dezbaterii și provocării unor deliberări asupra propunerilor lor care nu sunt incluse altfel pe ordinea de zi a unei adunări a acționarilor (art. 119 LS). Dreptul în cauză asigură o protecție eficientă împotriva administratorilor sau acționarului majoritar care refuză a implica restul acționariatului în viața societății[4].

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 167; *C. Duțescu*, op. cit., p. 754.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 479.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 718-724.

[4] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 474.

Convocarea poate prilejui informarea acționarilor asupra ordinii de zi propuse, verificarea permanentă a conformității mandatului administratorilor cu voința socială și darea lor de seama privind îndeplinirea mandatului.

Textul legislativ prezent se bucură de o mai mare claritate. Procedura legală de convocare a adunării generale la cererea acționarilor reprezentând a douăzecea parte din capitalul social (sau o cotă mai mică dacă actul constitutiv permite[1]) permite realizarea în practică a convocării adunării, fără concursul reprezentanților societății. Administratorii societății trebuie să verifice existența condițiilor de exercitare a dreptului de convocare în persoana acționarilor care solicită convocarea și să realizeze efectiv convocarea adunării în termen de cel mult 30 de zile și întrunirea efectivă în termen de cel mult 60 de zile de la data solicitării. Administratorii societății sunt ținuți la respectarea deciziei de convocare sub sancțiunea răspunderii penale. Acest spectru nu este totuși suficient astfel încât acționarii îndreptățiți au calea convocării judiciare, respectiv instanța de la sediul societății, cu citarea consiliului de administrație, respectiv a directoratului, va putea autoriza convocarea adunării generale de către acționarii care au formulat cererea, va stabili ordinea de zi, data de referință a adunării, data ținerii adunării generale și, dintre acționari, persoana care o va prezida. Convocarea adunării generale a acționarilor de către acționari, cu autorizarea instanței de judecată, nu exonerează de răspundere – civilă și penală – administratorii care aveau obligația legală de a o îndeplini [art. 275 alin. (2) LS].

Materia societăților cotate trimite, în privința dreptului de convocare al adunării generale, la dreptul comun[2].

491. Dreptul de a participa la adunarea generală. Dreptul de participare la adunarea generală este privit în general ca un drept implicit, subînțeles al acționarilor. Fără acest drept, dreptul de vot în sine este refuzat acționarului. Participarea la viața socială reclamă participarea la adunarea generală astfel încât legea societară reglementează distinct acest drept al acționarului, fie că este vorba de participarea nemijlocită sau participarea prin reprezentant.

Participarea și votul în adunările generale sunt supuse condiției subînțelese a verificării calității de acționari. Pentru acțiunile la purtător aceasta poate fi verificată doar prin legitimarea fizică cu acestea acțiuni. Legea societară cere ca acționarii care posedă acțiuni la purtător să le depună la societate sau locurile arătate prin actul constitutiv sau prin convocator, cu cel puțin 5 zile înainte de adunare. Secretariatul

---

[1] Jurisprudența a reținut caracterul imperativ al limitei maxime de 5% din capitalul social pentru acționarii îndreptățiți a convoca adunarea generală; „(...) în actul constitutiv poate fi prevăzută numai o cotă mai mică de 10% [cota minimă legala la acea dată (*n.n.*)] solicitată de lege nu și o cotă mai mare căci scopul urmărit este de a proteja minoritățile de acționari". Trib. București, Secția comercială, sentința nr. 14274/2002, menținută de C.A. București, *nepublicată*.

[2] Art. 243 și 108 din Legea nr. 297/2005. Instanța de judecată va fi însă în drept a cenzura cererile care nu intră în atribuțiile adunării generale. Competențele adunărilor generale trebuie înțelese în sens larg, nu doar în interiorul competențelor stabilite doar exemplificativ de adunarea generală. A se vedea și *C. Gheorghe*, Adunările generale ale societăților comerciale. Competențe și principii, în RDC nr. 2/2003.

adunării constată, printr-un proces-verbal, depunerea la timp a acțiunilor. Societatea nu poate abuza de cerința depunerii acțiunilor și este obligată se le elibereze în termen de cel mult cinci zile ulterioare adunării.

Și acțiunile nominative ridică problema stabilirii acționariatului față de calitatea de titluri mobiliare a acestora ca pot fi transferate, teoretic în mod continuu. Legea societară obligă la stabilirea unui reper temporal raportat la care este realizată o „fotografie" a acționariatului cu drept de participare și vot într-o anumită adunare generală. Astfel, consiliul de administrație sau directoratul trebuie stabilească prin convocator, *data de referință*, data la care persoanele care au calitatea de acționari sunt îndreptățite să fie convocate, să participe și să voteze în cadrul adunării generale. Data de referință trebuie să fie ulterioară publicării convocatorului și nu va fi cu mai mult de 60 de zile anterioară datei la care adunarea generală este convocată pentru prima oară. Importanța acestei date este data și de faptul că ea stabilește și acționarii îndreptățiți să încaseze dividende sau să exercite orice alte drepturi conferite prin hotărârea adunării generale.

Reprezentarea acționarilor în adunarea generală trebuie să fie facilă și necostisitoare pentru acționar. Din această cauză s-a renunțat la obligativitatea reprezentării prin alt acționar sau la condiția formei autentice pentru împuternicire. Acționarii pot participa și vota în adunarea generală prin reprezentare, în baza unei împuterniciri scrise acordate pentru respectiva adunare generală. Reprezentarea persoanelor juridice se poate face prin reprezentanții lor legali, lucru care echivalează cu participarea persoanei însăși la adunare, sau prin alte persoane împuternicite de reprezentanții legali pentru respectiva adunare generală. Legea societăților recurge la un sistem formal de depunere a procurilor de reprezentare. Acestea trebuie depuse în original cu 48 de ore înainte de adunare (sau în termenul prevăzut statutar) sub sancțiunea drastică a pierderii exercițiului dreptului de vot în acea adunare. Sancțiunea este dură și gratuită impunând o sarcină destul de oneroasă în persoana acționarilor.

Regulile privind reprezentarea acționarilor mai conțin o interdicție severă, dar justificată de această dată: membrii consiliului de administrație, directorii, respectiv membrii directoratului și ai consiliului de supraveghere sau orice salariat al societății are interdicția de reprezentare a acționarilor sub sancțiunea nulității hotărârii, dacă fără votul astfel exprimat nu s-ar obține majoritatea de adoptare a hotărârii. Această interdicție împiedecă societatea să controleze procesul decizional profitând de absenteismul și dezinteresul acționarilor.

492. Dreptul de a sesiza cenzorii sau auditorii financiari. Garanți ai executării mandatului administratorilor conform conținutului său, cenzorii sunt obligați să verifice aspectele semnalate de acționari, să le includă în raportul lor. Dacă participarea acționarilor ce semnalează nereguli depășește pragul de 5% din capitalul social, cenzorii nu pot ignora sesizarea acționarilor. Ei sunt obligați fie să convoace imediat adunarea generală sau să se refere la acestea la prima adunare generală, care este obligată să se pronunțe. Limitarea incidenței instituției cenzorilor și înlocuirea acesteia cu auditorii, auditori financiari și auditori interni, nu limitează posibilitățile de control ale acționarilor prin organul de control. În această situație competențele cenzorilor sunt preluate de auditorii interni. Materia societăților cotate înlătură lacuna legislativă prin atribuirea legală expresă de competențe de sesizare și raportare în persoana auditorilor. Astfel,

auditorii sunt obligați să întocmească în termen de 30 de zile de la sesizare, rapoarte suplimentare, în conformitate cu standardele de audit financiar, referitoare la operațiunile reclamate de acționarii reprezentând cel puțin 5% din totalul drepturilor de vot. Raportul suplimentar va fi făcut public pe website-ul A.S.F. (fost C.N.V.M). Dacă auditorii nu dau curs solicitării în termenul prevăzut, acționarii se pot adresa instanței din raza teritorială unde își are sediul societatea, în vederea numirii unui alt auditor financiar sau expert pentru reluarea procedurii de întocmire și prezentare a unui raport suplimentar, urmând ca raportul să fie înaintat instanței și comunicat părților, iar opinia auditorului financiar sau a expertului să fie făcută publică. De altfel atribuțiile de raportare ale auditorilor față de adunarea generală sunt dublate de obligații de raportare direct către autoritatea administrativă (A.S.F.), în folosul tuturor investitorilor (art. 260 din Legea nr. 297/2004).

493. Dreptul limitat de control asupra gestiunii. Contrar principiului cedării controlului acționarilor asupra gestiunii, tipic societăților pe acțiuni, legea societară prevede posibilități speciale pentru acționari de a se informa asupra gestiunii societății. Ei au dreptul la informații asupra gestiunii societății pe care le pot obține prin convocarea unei adunări generale, pentru a se informa prin rapoartele solicitate administratorilor sau pot solicita consultarea documentelor la care pot avea acces conform legii și actelor constitutive. Conform dreptului comun, acționarii au accesul la informațiile din registrul acționarilor și registrul ședințelor și deliberărilor adunărilor generale. (art. 178 LS).

În realizarea dreptului de control edictat statutar și prin consultarea documentelor permise de lege acționarii pot sesiza organul administrativ sau de control. Acționarii reprezentând cel puțin 10% din capitalul social pot cere instanței desemnarea unui expert pentru a analiza anumite operațiuni din gestiunea societății și să întocmească un raport care va fi înaintat acționarilor reclamanți și consiliului de administrație, respectiv directoratului și consiliului de supraveghere, precum și cenzorilor sau auditorilor interni ai societății. Organul administrativ va include raportul experților pe ordinea de zi a următoarei adunări generale a acționarilor (art. 136 LS).

494. Dreptul de retragere al acționarilor. Protecția investitorilor se realizează eficient și prin dreptul de retragere al acționarilor, reglementat de Legea societăților. Investitorul are dreptul a-și recupera investiția atunci când emitentul suferă modificări fundamentale ale actelor constitutive față de situația existentă la momentul când acesta și-a exprimat opțiunea de subscriere sau cumpărare acțiuni.

Termenul de retragere este impropriu pentru societățile pe acțiuni și în special pentru societățile cotate. Acționarul este deținătorul unor valori mobiliare, negociabile și transmisibile prin esența lor. Fiind societăți de capitaluri, societățile de acțiuni nu prevăd, de regulă, condiții de fond restrictive pentru înstrăinarea acțiunilor lor.

Dreptul acționarului este mai degrabă un drept de a i fi răscumpărată participarea, care devine important în cazul unei lichidități reduse a respectivelor valori mobiliare, fiindcă acționarul are oricum posibilitatea de a opta între înstrăinarea liberă a titlurilor sale negociabile și exercitarea dreptului legal de retragere. Reglementarea anterioară prevedea calcularea creanței sale reprezentată de acțiunile care făceau obiectul retragerii pe baza opțiunii între valoarea contabilă a acțiunilor, raportată la activul net și

valoarea medie de piața a acțiunilor din ultimul trimestru (dacă acțiunile erau tranzacționate pe o piață reglementată). În prezent contravaloarea acțiunilor este stabilită pe calea unei expertize fiind o valoare medie determinată de un expert autorizat prin folosirea a cel puțin două metode de evaluare recunoscute de standardele europene de evaluare (art. 134 LS).

Forma prezentă este mai puțin transparentă pentru acționar – care nu poate determina aprioric care va fi prețul obținut pe acțiuni prin exercitarea dreptului la retragere – și implică costuri suplimentare pentru societate, căreia îi incumbă suportarea onorariului evaluatorului.

Acest *drept de răscumpărare* are un caracter de excepție, față de specificul societăților de capitaluri. În concret beneficiarii dreptului de retragere din societatea pe acțiuni, cu obligația corelativă a societății de le cumpăra acțiunile, sunt acționarii care nu au votat în favoarea unei hotărâri a adunării generale ce statuează probleme prevăzute limitative de lege: schimbarea obiectului principal de activitate, mutarea sediului societății în străinătate, schimbarea formei societății, fuziunea sau divizarea societății. Dreptul de retragere poate fi exercitat, ca regulă, în termen de 30 de zile de la data publicării hotărârii adunării generale în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

Acționarii trebuie să depună la societate opțiunea lor de retragere și acțiunile, dacă sunt materializate. Creanța acționarilor reprezentată de prețul acțiunilor va fi stabilită pe calea unei expertize, ca valoare medie ce rezultă din aplicarea a cel puțin două metode de evaluare recunoscute pe plan internațional, realizată de un expert numit prin procedura administrativă sau judiciară.

495. Conflictul de interese. Legea societară statuează protecția acționarilor față de practicile abuzive ale conducerii executive și ale celorlalți acționari rezultând din implicarea societății în operațiuni în care aceștia au interese proprii, contrare celor ale societății[1].

Legea comercială prevede interdicții pentru administratori și acționari de a lua parte la orice decizii în care aceștia, direct sau indirect, au un interes contrar societății (art. 127 și 144^3 LS). Sancțiunea prevăzută de lege este angajarea răspunderii administratorului sau persoanei de drept având calitatea de acționar și obligația acoperirii prejudiciului adus societății dacă hotărârea respectivă sau actul juridic respectiv nu s-ar fi încheiat fără participarea lor, pe tărâmul răspunderii contractuale sau delictuale.

Soluția nu este întotdeauna mulțumitoare față de greutățile probării și angajării răspunderii civile delictuale (faptă ilicită, prejudiciu, raport de cauzalitate, vinovăție) astfel încât protecția acționarilor ar fi mai eficientă prin anularea, în principal, a hotărârii respective dată în frauda drepturilor lor.

Reglementarea conflictului de interese în materia societăților se completează cu normele speciale privind actele translative de proprietate, închiriere sau leasing încheiate de administrator cu societatea pe care o gestionează (art. 150 LS), interdicțiile privind creditarea directă sau indirectă a administratorilor de către societatea în cauză (art. 144^4 LS) și condițiile în care societatea poate dobândi un bun de la un acționar sau fondator al său (art. 44^1 LS).

[1] *Self-dealing* (varianta în limba engleză).

496. Facultatea recunoscută acționarilor de a obține respectarea drepturilor lor și repararea prejudiciilor create. Acest drept poate fi privit într-o perspectiva mai largă. El poate include în acest sens și dreptul de retragere din societate, în fapt de răscumpărare a acțiunilor, și protecția împotriva prejudiciilor cauzate de acționarii sau administratorii aflați în conflict de interese, probleme tratate anterior.

În multe cazuri dreptul și modalitatea de înlăturare a încălcărilor drepturilor investitorilor sunt prevăzute în norme juridice grupate, mod care asigură cea mai bună protecție. O supra-reglementare este scuzabilă de finalitatea de protecție a drepturilor investitorilor acționari.

497. Anularea hotărârilor adunării generale. Orice acționar al societății care constată că voința socială nu este legal formată, din punctul de vedere al formalităților de convocare, reprezentare, desfășurare etc., sau că aceasta încalcă dispoziții imperative ale legii sau actului constitutiv, are dreptul de a solicita în instanță anularea hotărârii respective. Voința socială nu poate fi decât rezultatul cadrului instituționalizat reprezentat de adunarea generală și orice încălcare a acestuia sau manifestare în afara perimetrului trasat de normele legale imperative este sancționată cu nulitatea, în condițiile legii. Condiția specială, de admisibilitate, constă în exprimarea votului contra (consemnat[1]) sau neexercitarea acestuia în adunarea generală care a emis hotărârea atacată. Dreptul de a obține nulitatea hotărârilor adunării generale este o modalitate de cenzură importantă în mâna acționarilor unei societăți și considerăm că acest drept trebuie recunoscut pentru orice încălcare a drepturilor acționarilor, începând cu dreptul la informare și celelalte drepturi acordate investitorilor prin legislația societară și cea privind valorile mobiliare.

În materia societăților cotate, dacă nu în materia societăților de capitaluri în general, trebuie recunoscută explicit facultatea acționarului de a obține anularea hotărârilor adunării generale luate cu încălcarea drepturilor sale recunoscute de lege, alături de exprimarea voinței sociale contrar legii sau actului constitutiv[2].

În concluzie o hotărâre a adunării generale care nu exprimă o voință socială, legal formată, este susceptibilă de nulitate, la solicitarea oricărui acționar.

Legislația de drept comun a societăților pe acțiuni a asimilat deciziile consiliului de administrație/administratorului unic emise în exercitarea de atribuții ale adunării

---

[1] Cerința legală nu poate fi disociată în două condiții separate, respectiv votul contra consemnat și cererea expresă de menționare în procesul-verbal. Simpla consemnare a votului „împotrivă" este suficientă pentru a legitima calitatea procesuală activă. Mai mult, chiar neconsemnarea expresă în procesul-verbal a votului „împotriva" poate fi suplinită prin orice mijloc admisibil de probă atât timp cât exprimarea votului este cea care conferă calitate procesuală, procesul-verbal fiind unul dintre mijloacele de probă.

[2] Formularea legală de drept comun trebuie interpretată extensiv. Nulitatea hotărârii este atrasă de încălcarea normelor legale atât generale cât și speciale. Nu este necesară o nulitate expresă, ci trebuie observate toate normele edictate pentru constituirea adunării și deliberare cât și normele de drept material care guvernează domeniul în care voința socială este exprimată în concret. Chiar dacă norme speciale prevăd repararea prejudiciilor cauzate – prin nesocotirea conflictelor de interese sau încălcarea unor drepturi legal recunoscute – acestea nu înlătură dreptul acționarilor de a obține anularea hotărârii, ci se subsumează acestuia.

generale (delegate prin actul constitutiv sau hotărâre a adunării generale extraordinare) cu hotărârile adunării generale, în privința nulității acestora. Astfel, normele privind publicitatea, executarea și căile de atac împotriva hotărârilor adunărilor generale se aplică – în mod expres – și deciziilor administratorilor în cauză. Norme similare, cu adaosul urgenței, există și în materia societăților cotate (art. 240[1] din Legea nr. 297/2004).

498. Opoziția împotriva hotărârilor de modificare a actului constitutiv, apelul împotriva încheierii judecătorului delegat privitoare la înmatriculare sau orice alte înregistrări și cererea de radiere de mențiuni din registrul comerțului. Aceste căi de atac sunt menționate de legea societară ca modalități de cenzură a acțiunilor societare care încalcă prevederile legii.

În cazul *opoziției împotriva hotărârilor asociaților* de modificare a actului constitutiv, legea acordă calitate procesuală activă creditorilor sociali precum și altor persoane prejudiciate prin asemenea hotărâri (art. 61 LS). Dispozițiile ulterioare ale legii fac trimitere preponderent la creditorii sociali în materia: reducerii capitalului social [art. 208 alin. (3) LS], prelungirea duratei societății (art. 206 LS), dizolvare [art. 231 alin. (3) LS], fuziune sau divizare (art. 243 LS) și lichidare (art. 263 și 266 LS). Textul legal nu exclude asociații în general – și acționarii în special – de la exercițiul acestei căi de atac. De fapt aceste subiecte de drept se înscriu cel mai bine în categoria de alte persoane prejudiciate care în virtutea chiar a calității lor își pot proba cel mai ușor prejudiciul cerut a fi probat de către norma juridică.

Nu este mai puțin adevărat că acționarii au oricum deschisă calea acțiunii în anulare împotriva hotărârilor adunării generale. Cele două acțiuni nu se mai exclud reciproc, în prezent, în privința acționarilor. Obiectul lor este diferit. Dacă opoziția are ca obiect hotărârile ce privesc doar modificarea actelor constitutive, cenzurabile și de terți sau alte persoane prejudiciate, cererea în anulare privește hotărârile acționarilor fără vreo nuanțare. Prin excludere, privește restul hotărârilor.

Reglementarea prezentă a opoziției în legislația societară modifică obiectul acestei căi, ea fiind acțiunea ce permite părții „să solicite instanței judecătorești să oblige, după caz, societatea sau asociații la repararea prejudiciului cauzat" (art. 61 LS). Efectul acțiunii este înlăturarea efectelor juridice ale hotărârilor în cauză față de persoanele care exercită calea opoziției. Calificarea opoziției ca o acțiune pur patrimonială restrânge drastic câmpul de acțiune al acesteia[1].

Apelul împotriva încheierii judecătorului delegat sau *cererea în radiere* (art. 25 din Legea nr. 26/1990) au finalitatea de a respinge sau înlătura o mențiune care încalcă legea sau drepturile recunoscute ale unei persoane de drept, care poate fi și acționar. Prima cale este în principiu o cale necontencioasă, așa cum fusese stabilit și sub forma veche a legii comerciale[2], când autorizarea aparținea instanței, în timp ce a doua privește recunoașterea unui drept, încălcat prin mențiune, și sancțiunea radierii ca

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op cit., p. 178.

[2] Forma veche a legii societare reglementa recursul ca cale de atact împotriva încheierii judecătorului delegat. Modificarea Codului de procedură civilă a fost însoțită de o reglementare nouă a căilor de atac din materie societară. Calea de atac comună în materie devine exclusiv apelul (art. 60 LS).

remediu juridic (în vechea reglementare era posibilă si anularea titlului dacă petentul nu a avut deschisă o altă cale de atac).

Reglementarea prezentă a legii comerciale a schimbat semnificativ profilul juridic al celor două căi de atac. Modificările de substanță așteptate în organizarea activității registrului comerțului vor înlocui încheierea judecătorului delegat cu rezoluțiile registratorilor comerciali care vor putea fi contestate judiciar.

Acțiunea în radiere a unei mențiuni din registrul comerțul a cunoscut mai multe abordări legislative în ultimii ani. Forma prezentă a acțiunii în radiere continuă, într-un mod foarte radical, evoluțiile anterioare prin declararea acesteia ca o acțiune subsidiară în general, nu doar atunci când există o acțiune specială la îndemâna petiționarului, respectiv aceasta nu poate fi promovată niciodată în mod direct pentru lipsirea de efecte juridice a actelor juridice care au stat la baza înregistrărilor, ci numai în mod subsidiar față de înlăturarea apriorică a afectelor actului printr-o hotărâre judecătorească, când menționarea în registrul comerțului nu a fost dispusă deja prin acea hotărâre definitivă.

În acest mod nu numai acționarii, care trebuie să apeleze la acțiunea în anularea hotărârilor adunărilor generale pentru înlăturarea efectelor actelor adiționale, dar și orice altă persoană interesată este ținută a folosi mijloacele procesuale proprii, în condițiile dreptului comun, pentru lipsirea de efecte juridice a actelor care au stat la baza înregistrărilor în registrul comerțului. În privința acționarilor, hotărârile judecătorești prin care se anulează hotărâri ale adunărilor generale ale acționarilor sunt supuse obligatoriu menționării în registrul comerțului [art. 132 alin. (1) LS]. Calea acțiunii în radiere este în principiu lipsită de interes pentru ei. Rămâne deschisă doar pentru alte persoane interesate, numai în mod subsecvent înlăturării efectelor actelor care au stat la baza înregistrării printr-o hotărâre judecătorească.

499. Acțiunea în răspundere. Legea comercială nu creează o acțiune specială în răspundere în favoarea acționarului pentru acoperirea prejudiciilor cauzate lui de societate sau alți acționari. Orice acțiune a sa trebuie purtată pe tărâmul dreptului comun și al răspunderii delictuale în principal, pentru că, așa cum am dezvoltat în alt capitol, de principiu acționarul nu este în relații contractuale cu societatea, prin încheierea actului constitutiv sau aderare la el prin subscriere. Obiectul contractului de societate constă în punerea în comun de valori patrimoniale în scopul participării la beneficiile și pierderile rezultate din actele economice săvârșite de societate.

Activitatea comercială este prin esența ei speculativă și simpla raportare de pierderi din activitate nu dă dreptul acționarului la o acțiune în răspundere. Acționarul trebuie să folosească toate drepturile recunoscute de lege, redate anterior, în spiritul principiilor conducerii corporative, pentru a se asigura că rezultatele financiare negative nu ascund o fraudă a managementului sau a acționarilor care controlează societatea. În acest caz trebuie angajată răspunderea acestora, penală sau civilă.

În afară de răspunderea penală, angajarea răspunderii civile se lovește de concepția legii societare care face o distincție netă între patrimoniul și personalitatea juridică a societății și acționarii săi. Deși într-o definiție legală, singulară și criticată, se afirmă că valorile mobiliare în genere (și acțiunile în particular) „conferă drepturi patrimoniale

asupra emitentului"[1], doctrina comercială este constantă în a afirma că acționarii nu au nici un drept asupra patrimoniului social cu excepția părții din beneficiu relevată de adunarea generală – dividendele – și părții ce li se cuvin prin lichidare, după dizolvarea societății (practic când societatea nu mai există ca persoană juridică).

Consecvent acestui principiu, acționarul nu poate exercita o acțiune în numele societății „singular, după cum nu poate în mod singular să dispună de patrimoniul social"[2]. Acțiunea în răspundere pentru prejudiciul cauzat societății, de administratori sau alți acționari, este prin esența ei o acțiune socială. Aceasta este exercitată prin hotărâre a adunării generale, cu majoritatea cerută pentru adunările generale ordinare, având ca rezultat imediat încetarea de drept a mandatului administratorilor, care sunt prin esența lor temporari și revocabili dincolo de orice culpă, și suspendarea de drept din funcție a directorilor.

Dualismul cenzor/auditor instituit în societățile pe acțiuni a impus prevederea și a auditorilor financiari ca subiecți ai acțiunii în răspundere, alături de fondatori, administratori și directori (art. 155 LS). Exercitarea acțiunii în răspundere împotriva auditorilor financiari trebuie însă subscrisă competențelor exprese ale acestora. Prin aceste dispoziții privind acțiunea în răspundere, posibilitatea pentru un acționar nesemnificativ să angajeze răspunderea uneia dintre persoanele vizate devine pur teoretică. Din acest punct de vedere legislația comercială apără foarte puțin micii acționari care își văd de multe ori aportul „confiscat" de cei ce controlează societatea. Satisfacția dată micilor acționari se vrea acțiunea în răspundere *ut singuli* (art. 155[1] LS), respectiv orice acționar sau acționari deținând peste 5% din capitalul social au dreptul să introducă acțiune în contul societății, în scopul recuperării prejudiciului cauzat prin actele și faptele membrilor organului de administrare sau control, împotriva cărora societatea nu acționează datorită poziției deținute de aceștia.

Principiile conducerii corporative își propun a găsi un echilibru între dreptul la acțiune al acționarului singular împotriva managementului societății pentru apărarea drepturilor sale și protecția acestora împotriva abuzului de aceste drepturi. Soluțiile propuse și implementate în alte țări, audieri administrative prealabile pentru constatarea „suficienței" probatorii a acțiunii și proceduri de arbitraj organizate de autoritățile de reglementare a valorilor mobiliare sau alte organisme, au puține șanse de a fi asimilate în dreptul nostru.

În actuala concepție societară, care nu consacră drepturi asupra patrimoniului social în persoana acționarului (decât după lichidare), de natură a putea exercita acțiunea oblică în condițiile dreptului comun, soluția extremă ar putea fi acordarea, în mod explicit, acționarului a dreptului la acțiune în numele societății pentru toate situațiile ce-l prejudiciază, împotriva administratorilor și directorilor, respectiv a acționarului, eventual majoritar, pentru prejudicii aduse societății și împotriva terților (răspundere contractuală și delictuală). Abuzul de aceste drepturi trebuie totuși înfrânat. Oricum aceste acțiuni tind a menține integritatea patrimoniului societății, deci sunt în folosul tuturor acționarilor. Acțiunea în nume propriu a acționarului particular pentru prejudiciile suferite rămâne a fi guvernată de dreptul comun.

---

[1] Art. 2 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 52/1994.

[2] C.A. București, Secția a II-a, decizia corecțională nr. 115/1913.

Doctrina mai veche încercase să elimine barierele procedurale din calea acționarului minoritar folosind teoria „fraudei care corupe totul": P. Vasilescu: „mai mulți asociați pun mâna pe cea mai mare parte a acțiunilor societății (...). Ei formând majoritatea nu se poate face nici un control serios gestiunii societății astfel încât interesele particulare ale acționarilor cât și cele generale ale societății sunt primejduite (...). În acest caz excepția încetează intrând în dreptul comun; acționarul poate pe cale particulară să reclame tribunalului orice nereguli (...)". O asemenea abordare este încă de actualitate[1].

Secțiunea a 7-a. Societățile tranzacționate pe o piață reglementată

Subsecțiunea 1. Emitenții și admiterea la tranzacționare

500. Introducere. O categorie aparte de societăți pe acțiuni este reprezentată de societățile admise la tranzacționare. Diferența lor specifică constă în emiterea unor valori mobiliare în condiții prestabilite, recunoașterea lor ca atare de o autoritate administrativă și tranzacționarea pe o piață reglementată a respectivelor valori mobiliare. Noțiunea a evoluat odată cu legile succesive privind piața de capital. Regimul legal anterior definea societățile deținute public ca societăți pe acțiuni constituite prin subscripție publică sau societăți ale căror valori mobiliare au făcut obiectul unei oferte publice regulat promovată și încheiată cu succes[2]. Reglementările speciale în domeniu ale autorității învestită cu prerogative legale privind administrarea legii cadru a valorilor mobiliare și a burselor de valori[3], precum și cu supravegherea, controlul și implementarea respectivei legi, Comisia Națională a Valorilor Mobiliare (C.N.V.M.), devenită în anul 2013 Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.), au rolul de a defini într-un mod detaliat condițiile admitere la tranzacționare pe o piață reglementată.

Dacă în reglementarea anterioară societățile deținute public tindeau să devină o specie aparte de societăți pe acțiuni, cu condiții obiective de accedere la această calitate, legea pieței de capital a reorientat noțiunile pe un făgaș european în care societățile pe acțiuni acced la piața reglementată, și devin emitenți, prin voința lor, în urma satisfacerii unor cerințe minimale privind societatea și acțiunile emise, în urma unei proceduri (prospect de admitere la tranzacționare) în care toate elementele relevante privind societatea și acțiunile sunt făcute publice într-un mod adecvat prescris de lege[4].

Voința juridică a societăților listate la bursă trebuie exprimată în concordanță cu normele comune în materie societară, completate cu normele speciale edictate de legislația pieței de capital, privind valorile mobiliare și piețele reglementate și normele A.S.F. (C.N.V.M.) edictate în aplicarea acestora, conform competențelor oferite acestei autorități administrative.

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 185.

[2] Art. 2 alin. (1) pct. 39 din O.U.G. nr. 28/2002, abrogată prin Legea nr. 297/2004, statua că societatea deschisă este o societate comercială pe acțiuni constituită prin subscripție publică sau o societate ale cărei acțiuni au făcut obiectul unei oferte publice regulat promovate și încheiată cu succes.

[3] Legea nr. 297/2004 privind piața de capital a abrogat O.U.G. nr. 28/2002.

[4] Regulamentul C.N.V.M./A.S.F. nr. 1/2006.

501. Acționarii investitori. Normele incidente în dreptul pieței de capital instituie o categorie aparte de acționari, respectiv *investitorii* în valorile mobiliare reprezentate de acțiuni – acționarii în societățile cotate – cărora li se asigură garanția exercitării depline a drepturilor aferente deținerilor în valorile mobiliare respective, protecția contra practicilor neloiale, contra folosirii abuzive a poziției deținute de alți acționari, administratori sau angajați ai societății și dreptul de a avea acces la informație certă, corectă, suficientă și făcută publică la momentul oportun privind valorile mobiliare și piețele reglementate pe care acestea se tranzacționează, emitenții acestora, instituțiile pieței de capital și societățile de servicii de investiții financiare.

Investitorii, noțiune mai largă decât aceea a acționarilor, sunt persoane care fac pe cont propriu operațiuni cu valori mobiliare.

Legiuitorul a înțeles să nu trateze distinct societățile cotate de societățile pe acțiuni reglementate de dreptul comun, folosind doar norme speciale aplicabile în legea societăților, inclusiv norme de trimitere la legile pieței de capital. Chiar dacă declarativ normele amintite nu creează din societățile cotate o specie a societăților pe acțiuni, Legea nr. 297/2004 [Titlul VI, Capitolul VI (*Dispoziții speciale privind societățile admise la tranzacționare*)] redesenează mecanismele de funcționare a societății pe acțiuni emitentă de valori mobiliare tranzacționate pe o piață reglementată.

502. Supraveghere și reglementare administrativă. Domeniul societăților cotate este caracterizat de implantarea unei autorități administrative în domeniul societar, de o publicizare manifestă a unui domeniu de drept privat. Necesitățile de supraveghere și reglementare specială ale domeniului au impus crearea unui organism administrativ omnipotent în privința burselor de valori. Protecția investitorilor și a pieților de tranzacționare trebuia nu doar edictată, ci și supravegheată prin mecanisme individuale de autorizare, investigare și control. Reglementarea pieților de instrumente financiare este uniformizată prin efectul dreptului european, astfel încât fiecare stat membru trebuie să desemneze autoritățile competente care trebuie să îndeplinească atribuțiile aferente comerțului cu valori mobiliare[1]. În Romania autoritatea administrativă autonomă competentă este Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.), rezultată în anul 2013 din reorganizarea Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare (C.N.V.M.) și a autorităților pieței asigurărilor. A.S.F., Sectorul Instrumentelor și Investițiilor Financiare, a preluat toate prerogativele C.N.V.M. în domeniul pieței de capital. Conform legii sale de organizare A.S.F. este condusă de un consiliu format din

[1] Directiva 2004/39/CE privind pieţele instrumentelor financiare (JOUE L 145 din 30 aprilie 2004, p. 1), cu modificările ulterioare, Directiva MiFID, art. 48-50. Autoritățile publice respective trebuie să fie împuternicite de a avea acces la orice document privind instrumentele financiare, de a solicita informații de la orice persoană și, în cazul în care este necesar, de a convoca și audia orice persoană pentru a obține informații, de a proceda la inspecții la fața locului, de a solicita înregistrările telefonice și ale schimburilor informatice existente, de a solicita stoparea oricărei practici contrare dispozițiilor legale, de a solicita înghețarea și/sau punerea sub sechestru a activelor, de a solicita interzicerea temporară a exercitării activității profesionale, de a cere auditorilor autorizați ai întreprinderilor de investiții și ai pieților reglementate să furnizeze informații, de a adopta toate măsurile necesare pentru a asigura că întreprinderile de investiții și pieţele reglementate continuă să respecte cerințele legale, de a solicita suspendarea unui instrument financiar de la tranzacționare;

unsprezece membri, dintre care un președinte, un prim-vicepreședinte și trei vicepreședinți, care sunt membri executivi. Fiecare dintre cei trei vicepreședinți are atribuții specifice corespunzătoare unuia dintre cele trei sectoare de supraveghere financiară (piața de capital, piața asigurărilor și piața pensiilor administrate privat). În hotărârea Parlamentului României de numire a acestora se stabilește sectorul de supraveghere financiară pentru care sunt numiți. Ceilalți șase membri sunt membri neexecutivi[1].

A.S.F. îndeplinește în primul rând o *funcție normativă*[2]. A.S.F. îndeplinește rolul de legislator secundar al pieții de capital. Autoritatea are competența să emită acte administrativ-normative (regulamente, instrucțiuni și dispuneri de măsuri) în vederea interpretării, detalierii și aplicării normelor cu regim superior cuprinse în Legea pieței de capital.

A.S.F. îndeplinește și o *funcție de supraveghere și reglementare* constând în emiterea actelor de autorizare impuse de lege tuturor participanților pieței de capital. Principiul supravegherii administrative instituit de legea pieței de capital reclamă autorizarea tuturor actelor și operațiunilor din domeniu, inclusiv verificarea legalității constituirii participanților prin autorizarea înființării, modificării, conducerii acestora. Funcția A.S.F. este realizată prin emiterea de acte administrative individuale de autorizare (decizii, atestate etc.) care certifică legalitatea operațiunilor sau actelor supuse verificării.

A.S.F. îndeplinește și o *funcție de supraveghere, investigare și control.* Supravegherea autorității nu este doar una discontinuă și pasivă, la solicitarea participanților la piața de capital. A.S.F. are competențe largi de supraveghere continuă și activă, prin investigarea și controlul tuturor participanților și operațiunilor din domeniul pieței de capital și instituirea măsurilor de reinstaurare a legalității. A.S.F. este și agentul constatator al pieții de capital, autoritatea cu competențe de sancționare a contravențiilor constatate în domeniu. A.S.F. emite acte individuale administrative de sancționare (ordonanțe) cu un regim special față de materia administrativ contravențională.

503. Emitenții. Cerințe minimale pentru admiterea la tranzacționare[3]. Societățile pe acțiuni sunt, în totalitate, emitente de valori mobiliare prin chiar esența reglementării lor societare. În concluzie toate au vocația de a fi admise la tranzacționare pe piețe reglementate de instrumente financiare. Această vocație generală trebuie întregită cu satisfacerea unor cerințe legale particulare pentru a deveni manifestă, pentru a califica societatea pe acțiuni pentru admiterea la tranzacționare.

Legea pieței de capital fixează două categorii de cerințe speciale pentru admiterea la tranzacționare, respectiv privind societatea și privind acțiunile acesteia, cerințe uniforme europene impuse prin directiva europeană privind admiterea la tranzacționare[4].

Cerințele privind societatea urmăresc satisfacerea unui principiu general al legalității, respectiv societatea trebuie să fie înființată și să își desfășoare activitatea în

---

[1] O.U.G. nr. 93/2012 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității de Supraveghere Financiară (M.Of. nr. 874 din 21 decembrie 2012), aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 113/2013, modificată prin O.U.G. nr. 55/2013.

[2] *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 74-86.

[3] *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 182-186.

[4] Directiva 2001/34/CE privind admiterea valorilor mobiliare la cota oficială a unei burse de valori și informațiile care trebuie publicate cu privire la aceste valori mobiliare, cu modificările ulterioare (JOCE L 184 din 6 iulie 2001, p. 1).

conformitate cu prevederile legale, şi condiţii care privesc continuitatea activităţii societăţii şi dimensiunea sa patrimonială. Astfel, societatea trebuie să-şi fi desfăşurat activitatea cel puţin trei ani anterior solicitării de admitere la tranzacţionare şi să fi întocmit şi depus, după reglementările contabile, situaţiile financiare anuale[1].

Dimensiunea patrimonială minimă se referă la o capitalizare anticipată (numărul de acţiuni ori valoarea bursieră a acţiunii) de cel puţin 1.000.000 euro (echivalentul în lei)[2]. Cum această capitalizare bursieră înainte de tranzacţionare este subiectivă, cerinţa obiectivă minimală impune capitalului social şi rezervelor (incluzând profitul sau pierderea din ultimul exerciţiu financiar) valoarea minimă de 1.000.000 euro (echivalentul în lei calculat potrivit cursului de referinţă comunicat de Banca Naţională a României la data cererii privind admiterea la tranzacţionare).

Cu aprobarea A.S.F. (fostă C.N.V.M.), societăţile pot fi exonerate de cerinţele patrimoniale şi de continuitate a activităţii dacă autoritatea apreciază în mod suveran că acest lucru nu impietează în privinţa unei pieţe adecvate pentru respectivele acţiuni, iar societatea emitentă este capabilă să îndeplinească cerinţele de informare continuă şi periodica ce derivă din admiterea la tranzacţionare astfel încât să asigure investitorilor o evaluare completă a societăţii şi acţiunilor ei, pentru care se solicita admiterea la tranzacţionare.

Cerinţele privind acţiunile întregesc imaginea societăţii candidate la admiterea la tranzacţionare. În primul rând acţiunile care fac obiectul admiterii la tranzacţionare trebuie să fie liber negociabile şi integral plătite (art. 215 din Legea nr. 297/2004). În concluzie clauzele de restricţionare a liberei transferabilităţi a acţiunilor, ca şi acţiunile pentru care mai sunt de făcut vărsăminte, chiar neexigibile, nu permit admiterea la tranzacţionare pe pieţe reglementate. A doua condiţie privind acţiunile priveşte dispersia acţiunilor, numărul suficient de acţiuni distribuit publicului, evitarea concentrării exagerate a acţiunilor în mâinile unui singur acţionar. Cerinţa de dispersie (*free floating*) este de cel puţin 25% din capitalul subscris care trebuie să fie distribuite publicului (art. 217 din Legea nr. 297/2004). Această condiţie de dispersie poate fi şi ea suplinită de avizul A.S.F. dacă se apreciază că este asigurată funcţionarea normală a pieţei cu un procent mai mic de acţiuni decât cel minim legal datorită numărului mare de acţiuni existente în circulaţie şi a dispersiei acestora în rândul publicului[3].

Cerinţele privind societatea şi privind acţiunile ei sunt condiţii minimale pentru admiterea la tranzacţionare. În particular admiterea la tranzacţionare nu este o operaţiune abstractă, ci una concretă, cu o anumită piaţă reglementată vizată, piaţă administrată de o anumită societate pe acţiuni specializată, operator de piaţă, aflată sub supravegherea şi autorizarea A.S.F. (fost C.N.V.M). Piaţa reglementată poate institui un set propriu de condiţii, mai severe, de admitere la tranzacţionare, decât cerinţele minimale legale. Societatea candidată trebuie să satisfacă şi cerinţele particulare concrete, deoarece admiterea la cota bursei priveşte în fapt o bursă particulară, cu reguli proprii (de exemplu, Bursa de Valori Bucureşti).

---

[1] Art. 42 din Directiva 2001/34/CE.
[2] Art. 43 din Directiva 2001/34/CE.
[3] Art. 46-46 din Directiva 2001/34/CE.

504. Procedura admiterii la tranzacționare. Admiterea la tranzacționare este un proces demarat la inițiativa societății care trebuie însă să obțină autorizările și aprobările din partea A.S.F. și a operatorului de piață reglementată. Viața bursieră implică un regim nou de publicitate și informare pentru societatea emitentă. Practic listarea înseamnă trecerea de la un anumit regim legal de informare și raportare (regimul societar comun) un regim superior, special, impus de legea pieței de capital (regimul bursier). Această trecere este marcată de un proces amplu de dezvăluire, transparență și informare publică realizată de societate în folosul investitorilor. Societatea trebuie să prezinte în mod detaliat toate datele care țin de cadrul său statutar, organele societare împreună cu componența lor, situația și caracteristicile acțiunilor emise, dar și date complete privind situația patrimonială a societății, situațiile financiare împreună cu certificarea contabilă a auditorilor și reprezentanților societății. Toate aceste informații sunt făcute disponibile publicului pe calea unui *prospect de admitere la tranzacționare*, un document informativ supus autorizării A.S.F. înainte de publicare.

Prospectul de admitere la tranzacționare și aprobarea lui administrativă are o reglementare uniformă europeană[1]. Materia prospectului privind admiterea la tranzacționare este comună cu cea a ofertelor publice de instrumente financiare datorită finalității comune, informarea completă a investitorilor despre emitent și acțiunile (instrumentele financiare) oferite publicului. Punctele comune mai țin și de necesitatea satisfacerii cerințelor privind acțiunile pentru admiterea la tranzacționare.

Condiția dispersiei acțiunilor poate să nu fie îndeplinită de acțiuni, respectiv societățile pe acțiuni candidate la listare la cota unei burse să posede un acționariat concentrat. Intrarea în lumea bursieră (*going public*) este și o modalitate de valorificare a titlurilor deținute de acționarii majoritari sau de atragere de fonduri pentru societate. Dispersia acțiunilor poate fi realizată pe calea unei oferte publice de vânzare de acțiuni (ofertă publică inițială, *IPO*) fie primară, pe calea unei majorări de capital social, fie secundară, când acționarul majoritar oferă spre vânzare publicului un pachet din acțiunile deținute el în vederea listării. În ambele cazuri prospectul de ofertă publică inițială îndeplinește și rolul de prospect de admitere la tranzacționare, iar subsecvent închiderii ofertei publice și în baza acesteia societatea va fi admisă la tranzacționare. Aceasta este calea naturală de dezvoltarea a unui societăți pe acțiuni. Când creșterea patrimonială a societății reprezintă un succes și o tentație pentru investitori, acționarii societății pot valorifica un pachet de acțiuni pe calea ofertei publice de vânzare, realizând un dublu rezultat: extragerea unei valori importante pentru ei înșiși din vânzarea unui pachet de acțiuni și cotarea societății la o bursă de valori pentru dezvoltarea susținută ulterioară a societății și valorificarea optimă a acțiunilor ei.

---

[1] Directiva 2003/71/CE, cu modificările ulterioare, privind prospectul care trebuie publicat în cazul unei oferte publice de valori mobiliare sau pentru admiterea valorilor mobiliare la tranzacționare și de modificare a Directivei 2001/34/CE (JOUE L 345 din 31 decembrie 2003, p. 64), Anexa I. Titlurile prospectului sunt: I. Rezumat; II. Identitatea administratorilor, a membrilor din conducere, a consilierilor și a auditorilor; III. Elemente cheie ale ofertei și calendarul previzional; IV. Informații esențiale; V. Informații privind societatea; VI. Examinarea rezultatului și a situației financiare și perspective; VII. Administratori, membri ai conducerii și salariați; VIII. Principalii acționari și operațiuni cu părți similare; IX. Informații financiare; X. Modalități de ofertă sau de admitere la tranzacționare; XI. Informații suplimentare.

Legea pieței de capital reglementează atent admiterea la tranzacționare, procedura listării societăților pe acțiuni la cota unei burse[1]. Admiterea la tranzacționare pe o piață reglementată a unor valori mobiliare se realizează în baza unei cereri adresate operatorului pieței reglementate respective, după publicarea unui prospect aprobat de A.S.F. (art. 89 din Regulamentul C.N.V.M. (A.S.F.) nr. 1/2006). Procedura admiterii la tranzacționare pe o piață reglementată se realizează printr-un intermediar specializat (SSIF – societate de servicii de investiții financiare). Procedura implică *o fază de autorizare administrativă.* Conținutul minim al prospectului realizat în vederea admiterii la tranzacționare este cuprins în Regulamentul C.N.V.M. (A.S.F.) nr. 1/2006 (Anexele nr. 1-14). Subsecvent verificării cerințelor de admitere la tranzacționare, pentru societate și pentru acțiuni, și a conținutului prospectului, A.S.F. autorizează prin act administrativ acest prospect care va fi publicat. La rândul său decizia operatorului de piață (de admitere sau respingere a cererii de admitere la tranzacționare) va fi supusă publicării.

Pe o piață reglementată sunt tranzacționate numai valori mobiliare și alte instrumente financiare înregistrate la A.S.F. (fost C.N.V.M.), respectiv la O.E.V.M. (Oficiul de Evidență a Valorilor Mobiliare), iar dovada înregistrării valorilor mobiliare sau a altor instrumente financiare la A.S.F. (C.N.V.M.) se face în baza certificatului de înregistrare a valorilor mobiliare sau a altor instrumente financiare (art. 100 din Regulamentul nr. 1/2006).

Tranzacționarea efectivă a acțiunilor implică stabilirea apriorică de raporturi juridice între emitent și participanții specializați ai pieței de capital. Astfel, sunt create raporturi, pe baze contractuale, cu depozitarul central, pentru servicii de depozitare și registru independent pentru acțiunile cotate precum și cu operatorul de piață (bursa de valori) pentru menținerea la cota bursei și asumarea obligațiilor particulare de informare și servicii bursiere.

Subsecțiunea a 2-a. Reguli speciale aplicabile societăților cotate

505. Introducere. Principiul de funcționare a societăților, principiul majorității, trebuia dublat cu garanții suplimentare acordate tuturor acționarilor. Datorită numărului de regulă foarte mare de acționari-investitori și a implicării lor reduse în formarea voinței sociale, societățile cotate au necesitat un nivel de reglementare de ordine publică mai ridicat.

Protecția acționarilor a impus legiuitorului reglementări speciale în privința funcționării societăților cotate. Normele de drept comun privind societățile pe acțiuni se vor aplica în măsura în care adaosul normativ special nu derogă expres de la ele.

506. Dreptul și obligația la informare[2]. Formarea voinței sociale în societățile cotate, în concordanță cu finalitatea normelor privind valorile mobiliare și a pieței reglementate, se fundamentează pe voințele acționarilor exprimate în baza propriei aprecieri a evenimentelor importante din viața societăților. Rolul autorității de regle-

---

[1] Legea nr. 297/2004 și Regulamentul C.N.V.M. (A.S.F.) nr. 1/2006.

[2] Pentru detaliere, a se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., Titlul IV, Secțiunea a 2-a (*Obligații de informare și raportare ale emitenților*).

mentare a pieţelor de valori mobiliare, A.S.F. (fost C.N.V.M.), departe de a garanta rezultate economice şi de a gira oportunitatea achiziţionării anumitor valori mobiliare, este de a asigura investitorilor accesul la informaţiile necesare fundamentării deciziei lor şi protecţia lor contra practicilor abuzive.

Specificul societăţilor cotate, cea mai evoluată formă a societăţilor de capitaluri, impune obligaţia pentru emitenţii de valori mobiliare de a informa acţionarii în privinţa tuturor evenimentelor importante din viaţa societăţii, în ultima instanţă asupra gestionării capitalului de împrumut atras de pe piaţa organizată.

Obligaţia de informare în cauză nu poate fi desprinsă de normele de drept comun cuprinse în legea societăţilor. Obligaţiile de informare ale societăţilor cotate sunt însă superioare celorlalte societăţi pe acţiuni. Acestea au căpătat o reflectare normativă consistentă prin dispoziţiile Legii pieţei de capital şi a regulamentelor A.S.F. (C.N.V.M.) în aplicarea acesteia (în special Regulamentul nr. 1/2006).

507. Destinatarii obligaţiilor de informare. Societăţilor cotate le incumbă o obligaţie legală de a întocmi, transmite, distribui şi publica rapoartele prevăzute de lege. Dreptul investitorilor/acţionarilor corelativ obligaţiei de informare a emitenţilor îşi găseşte şi el o reflectare normativă expresă. Dreptul la informare se constituie într-o constantă a legislaţiei valorilor mobiliare, în spiritul tratărilor normative din numeroase sisteme de drept[1].

Scopul declarat al legiuitorului este de a crea cadrul instituţional în care evoluează valorile mobiliare, în condiţii de protecţie a investitorilor. Transparenţa pieţelor reglementate şi egalitatea investitorilor este realizată în principal prin legiferarea dreptului investitorilor la informaţie certă, suficientă şi făcută publică la momentul oportun (art. 229 din Legea nr. 31/297).

Rapoartele invocate asigură informarea necesară acţionarilor cât şi informarea potenţialilor investitori pentru fundamentarea unei decizii de investire.

Obligaţia de informare nu devine „exigibilă" doar cu ocazia convocării şi pregătirii adunării generale. Periodicitatea destul de mare (uneori doar anuală) a adunărilor generale la societăţile cotate precum şi costurile pe care acţionarii, răspândiţi pe arii geografice întinse, le pot aprecia ca fiind nerentabil de ridicate, au impus adoptarea normativă a unei obligaţii de informare ce tinde a deveni continuă.

Debitorul obligaţiei de informare este reprezentat în materie de către emitent, prin reprezentanţii săi. Alături de obligaţia emitentului persoană juridică există şi o obligaţie de informare a administratorilor în nume propriu în situaţiile reglementate de legiuitor.

În domeniul societăţilor cotate, obligaţia mandatarilor „de a da socoteală" mandantului capătă o ritmicitate şi un conţinut legal definit, impus şi de întinderile comerciale largi ale puterilor administratorilor.

Sfera creditorilor obligaţiei de informare a emitenţilor/reprezentanţilor este mai cuprinzătoare în materia societăţilor cotate. Societăţile pe acţiuni de drept comun reglementează doar cadrul social şi drepturile subiective ale acţionarilor în acest cadru

[1] Legile federale americane în domeniu – *Securities Act 1933* şi *Securities Exchange Act 1934* – sunt construite în jurul obligaţiei diseminării tuturor informaţiilor privind valorile mobiliare (*„truth in securities"* – adevărul despre valorile mobiliare) şi a obligaţiei de raportare a emitenţilor.

instituționalizat. Baza contractuală a societății justifică informarea în cadrul strict al societății reprezentată de adunarea generală. Gestiunea societății nu răzbate explicit în exterior. Doar voința socială cristalizată deja în hotărâri se bucură de publicitate pentru opozabilitate față de terți.

În domeniul societăților cotate creditori ai obligației de informare sunt investitorii, depășindu-se sfera strict socială. Evoluția valorilor mobiliare pe piețe reglementate impune lărgirea sferei creditorilor în cauză la întreaga masă a potențialilor investitori. Doar așa poate fi realizat scopul declarat al legislației valorilor mobiliare, de mobilizare a economiilor bănești și disponibilităților financiare prin intermediul investițiilor în instrumente financiare.

Dreptul la informare nu mai este doar o premisă a creării unei voințe sociale în condiții de exprimare bine fundamentate a voințelor acționarilor. Esența dreptului de informare în societățile cotate transcende mecanismului voinței sociale adresând în primul rând voința investitorului ce poate fi convertit în dimensiunea mai îngustă a acționarilor prin subscriere sau dobândire de acțiuni pe o piața reglementată. Concomitent cu această convertire – continuă prin continuitatea piețelor de tranzacționare – dreptul de informare realizează și funcția de pregătire a voinței sociale ce rămâne a fi exprimată în cadrul instituțional al adunărilor generale.

Legislația valorilor mobiliare nu face distincția între creditorii dreptului la informare atât timp cât calitatea de acționar, relativ la un anumit emitent, este, prin mecanismul piețelor de tranzacționare, una temporară.

508. Rapoartele curente. Societatea cotată trebuie să informeze fără întârziere (în cel mult 48 de ore) publicul cu privire la orice evenimente apărute în activitatea acesteia care pot conduce la modificări ale prețului acțiunilor, datorită efectului acestor evenimente asupra situației patrimoniale și financiare sau asupra activității emitentului în ansamblu [art. 224 alin. (5) din Legea nr. 297/2004].

Actele normative ale A.S.F. (C.N.V.M. la acea dată) detaliază în mod exemplificativ sfera, foarte largă, a evenimentelor de raportat: schimbări în controlul asupra societății, achiziții sau înstrăinări substanțiale de active, procedura insolvenței, schimbări în obligațiile societăților care pot afecta semnificativ activitatea sau situația patrimonială a societății precum contracte încheiate de societate a căror valoare depășește 10% din cifra de afaceri, realizarea unui produs sau introducerea unui serviciu nou (art. 113 și Anexa 29 din Regulamentul nr. 1/2006). Tot evenimente importante sunt considerate și convocarea adunării generale, hotărârea adunării respective, schimbări în structura societății, a conducerii acesteia sau a valorilor mobiliare emise, a capitalului social sau a obligațiilor societății, litigii etc.

Raportarea evenimentelor importante este o componentă de bază a dreptului la informare al acționarilor, alături de raportările semestriale și anuale, prestabilite și ocazionate de cel mai important moment al unui perioade de activitate pentru investitori, respectiv aprobarea bilanțului și a contului de profituri și pierderi după prezentarea raportului administratorilor și mai ales, repartizarea profitului.

Dreptul la informare al investitorilor, fiind expres ocrotit de legislația valorilor mobiliare, atrage răspunderea debitorilor obligației de informare atunci când aceasta este încălcată. Răspunderea este una administrativă (contravențională) în optica decla-

rată a legii. Constatarea faptei ilicite revine agenților împuterniciți în acest sens de A.S.F. Creditorii dreptului de informare – investitorii – pot însă angaja și răspunderea delictuală a emitenților pentru prejudiciile produse.

În sfera mai restrânsă a investitorilor acționari, dacă dreptul la informare a fost încălcat cu ocazia creării cadrului de formare a voinței sociale, viciile existente în voința acționarilor, prin neinformare, sunt împrumutate direct voinței sociale, ducând la anulabilitatea hotărârii adunării generale în care aceasta este fixată.

Anularea hotărârii adunării generale pentru încălcarea dreptului la informare este o acțiune socială, independentă de demonstrarea unui prejudiciu direct pentru acționarul care o invocă. Investitorii ne-acționari însă nu au calea contestării unei voințe sociale valabile prin exercitarea acțiunii în anulare atât timp cât nu sunt o parte constitutivă a sa.

509. Rapoartele trimestriale, semestriale și anuale ale societăților cotate. Legea pieței de capital instituie pe lângă informarea continuă și o informare periodică, la intervale fixe de timp: trimestru, semestru, an. Astfel, emitenții de valori mobiliare înregistrate la Oficiul de Evidență a Valorilor Mobiliare au obligația de a elabora și prezenta Comisiei *rapoarte trimestriale*, *semestriale* și *anuale*, certificate, în termenul legal. Certificarea revine auditorilor societății și trebuie să conțină și opiniile acestora.

Auditorul apare ca o garanție pentru investitorii în societățile cotate, verificând și conformitatea activității acestora cu regulamentele și normele pieței de capital. Investitorii așteaptă însă de la aceștia mai mult decât o certificare contabilă, respectiv o protecție față de practicile neloiale sau abuzive ale managementului sau acționarului majoritar. Auditorii capătă prin norme speciale prerogative mai largi, opinia responsabilă fiind de preferat a excede simpla certificare contabilă.

Rapoartele anuale conțin în mod obligatoriu informații despre activitatea societății, ca și orice modificare survenită în administrație, management, valori mobiliare, active, alături de situațiile financiar-contabile propriu-zise, rămânând a fi detaliate din punct de vedere tehnic de autoritatea de reglementare (art. 113 din Regulamentul nr. 1/2006).

Raportul anual este principala sursă din care un investitor neimplicat în administrarea societății și fără o legătura mai strânsă cu societatea poate să acceadă la date și analize economice pentru a lua decizii privind soarta viitoare a investiției sale.

510. Informare și control. În cazul societăților pe acțiuni, dreptul de control al gestiunii nu mai aparține acționarului individual, ci organelor specializate, auditorii societății. Domeniul pieței de capital impune obligativitatea auditării situațiilor financiare astfel încât aceștia (art. 237 și 258 din Legea nr. 297/2004), singuri sau în tandem cu cenzorii preiau atribuțiile de control ale societăților cotate.

În concepția comună societară controlul individual al acționarului este o imixtiune în administrare, nepermisă. Teoretic, numărul mare de acționari al societăților pe acțiuni face ca un drept de control individual recunoscut acționarului să impieteze asupra funcționării în condiții normale a societății. Separat de obligațiile de informare/raportare legale care privesc rapoartele curente, semestriale și anuale, care au un creditor neindividualizat, investitorii în general și sunt gestionate de autoritatea administrativă (A.S.F.), acționarii au dreptul de a solicita rapoarte suplimentare privind operațiuni financiare din gestiunea societății. Legea pieței de capital, ca și legea socie-

tară, stabileşte un cadru de sesizare de către acţionari a auditorilor şi administratorilor care au obligaţii de verificare a sesizărilor acestora (art. 259 din Legea pieţei de capital). Astfel, auditorul financiar trebuie să întocmească, în termen de 30 de zile de la sesizarea făcută de acţionarii reprezentând cel puţin 5% din totalul drepturilor de vot, rapoarte suplimentare, în privinţa operaţiunilor reclamate. În caz contrar acţionarii din societăţile cotate au deschisă calea acţiunii judiciare în vederea numirii unui alt auditor financiar pentru realizarea raportului suplimentar solicitat, raport ce va fi înaintat părţilor şi publicat în Buletinul A.S.F.

Controlul acţionarilor priveşte operaţiuni din gestiune reclamate de acţionari, operaţiuni relevate în general prin rapoartele curente ale societăţii. Dreptul de expertizare judiciară a acestor operaţiuni este reexprimat, în legătură însă şi condiţionat de inexistenţa sau nerelevanţa rapoartelor suplimentare solicitate direct auditorilor.

În privinţa investitorilor acţionari, dreptul de control şi dreptul la informare se întrepătrund. Dreptul de control este specific acţionarilor şi este o componentă a dreptului la informare în interiorul cadrului de funcţionare a societăţilor cotate, aşa cum este el reglementat de legea privind pieţei de capital. Instrumentele pe care le au la îndemână acţionarii pentru respectarea dreptului lor la informare sunt mai extinse decât ale investitorilor în general.

Controlul realizat de auditori este oricum unul mult mai bine caracterizat în legislaţia pieţei de capital acesta funcţionând nu doar în favoarea acţionarilor, ci şi a investitorilor în general. Obligaţiile de atenţionare şi *sistemul de alarmă* reprezentat de auditori în privinţa neregulilor din activitatea societăţii este conectat şi la autoritatea administrativă. Auditorii financiari sunt obligaţi să raporteze A.S.F. orice împrejurare în legătură cu activitatea entităţilor reglementate de care au luat cunoştinţă în mandatul lor dacă aceasta constituie o încălcare semnificativă a actelor normative, dacă este de natură să afecteze funcţionarea normală a entităţii. În mod corelativ obligaţiilor către autoritate şi aceasta este în drept să sesizeze Camera Auditorilor Financiari din România (C.A.F.R.) pentru neîndeplinirea obligaţiilor auditorilor financiari în legătură cu entităţi supuse autorizării, controlului şi supravegherii A.S.F.

511. Tranzacţiile speciale şi tranzacţiile importante. De o atenţie deosebită în privinţa informării acţionarilor se bucură anumite tipuri de raporturi juridice în care intră societatea, prin reprezentanţii săi. Legea pieţei de capital reglementează anumite *rapoarte speciale*, ocazionate de evenimente cu potenţial de risc pentru respectarea intereselor societăţii.

Prima categorie de acte juridice priveşte actele juridice de o valoare cumulată mai mare de 50.000 euro încheiate de societate cu administratorii, angajaţii, acţionarul majoritar al societăţii sau cu persoane implicate cu aceştia (art. 225 din Legea nr. 297/2004).

Experienţa funcţionării societăţilor indică riscul de fraudă în dauna societăţii în cazul raporturilor juridice din care face parte atât societatea în sine cât şi persoanele care o reprezintă sau care pot influenţa în interesul propriu voinţa societară.

Mandatul administratorilor societăţii este unul legal şi convenţional şi implică gestiunea patrimoniului social cu diligenţa unui bun proprietar. Controlul pe care sunt

obligați a-l exercita auditorii asupra gestiunii include și verificarea respectării interesului societății în acest tip de relații contractuale.

Rapoartele aferente acestor acte trebuie să cuprindă toate elementele contractuale pentru verificare independentă, de fiecare parte interesată, a egalității contraprestațiilor. Raportul special trebuie să cuprindă părțile care au încheiat actul juridic, data încheierii și natura actului, descrierea obiectului acestuia, valoarea totală a actului juridic, creanțele reciproce, garanțiile constituite, termenele și modalitățile de plată [art. 225 alin. (3) și (4) din Legea nr. 297/2004].

Raportarea actelor juridice în cauză are rolul de a le supune cenzurii investitorilor în privința respectării interesului social. Atât timp cât gestiunea curentă a societății este îndeobște netransparentă, publicitatea în cauză poate avea atât un rol preventiv, cât și unul reparator, dând posibilitatea acționarilor de a verifica conformitatea cauzei actului juridic cu interesele societății.

În prezent dreptul societar reușește să devanseze normele de protecție a investitorilor din legislația specială. Administratorul societății pe acțiuni este supus interdicției încheierii actelor juridice de transfer al proprietății între acesta și societate, având ca obiect bunuri, precum și închiriere sau leasing, din patrimoniul social de valoare ce depășește 10% din activul net al societății, fără exprimarea expresă a voinței sociale în forma legală, după cum îi este expres interzis a beneficia de creditare directă sau indirectă din partea societății. În aceste cazuri publicitatea actelor juridice speciale amintite se face oricum pe calea adoptării în adunarea generală și pe calea unui raport curent la care legea obligă în privința convocării și hotărârii adunării generale, ca eveniment important.

Normele de protecție prevăzute în legea societăților sunt mai eficiente decât obligațiile de raportare a tranzacțiilor speciale prevăzute de legea pieței de capital.

Tranzacțiile importante implică acte de dispoziție importante asupra patrimoniului social care exced operațiunile curente ale societății. Reglementarea acestora este proprie și dreptului comun al societăților. Mandatul general al administratorilor societății cunoaște limitări în cazul actelor de dispoziție asupra unor părți importante ale patrimoniului societății, acte care rămân rezervate exclusiv voinței sociale în condițiile speciale de formare (art. 153^{22} LS). Este o adevărată trasare legală a limitelor mandatului administratorilor, de ordine publică, care nu poate fi încălcată nici de voința socială însăși exprimată generic în cadrul adunărilor generale.

În cazul societăților cotate mandatul administratorilor este și mai restrâns, respectiv actele de dispoziție[1] ce depășesc limita legală[2] pe perioada unui exercițiu financiar exced mandatul administratorilor (art. 241 din Legea pieței de capital).

Remediul prevăzut pentru încheierea de acte juridice dincolo de limitele legale ale mandatului este anularea acestora, la cererea oricărui acționar. Reparațiile patrimoniale sunt prevăzute separat, fiind o aplicare a acțiunii în răspundere *ut singuli*, așa cum este ea reglementată în dreptul comun al societăților.

---

[1] Este vorba de acte de dobândire, înstrăinare, schimb, constituire în garanție, închiriere sau asociere privind active ale societății pe o perioada mai mare de un an.

[2] Limita valorică este de 20% din valoarea totalului activelor imobilizate, mai puțin creanțele.

Reglementarea tranzacțiilor speciale și a tranzacțiilor importante este o garanție a respectării interesului social și un obstacol în calea fraudării drepturilor acționarilor neimplicați în administrarea societății.

512. Raportarea și procedura constituirii unor praguri prestabilite. Constituirea de către deținătorii de valori mobiliare a pozițiilor de control și majoritare sunt supuse raportării.

Dobândirea calității de acționar în societățile cotate, precum și majorarea cotei de capital reprezentată de numărul de acțiuni achiziționate, capătă anumite caracteristici după cum sunt atinse anumite praguri legale. Principiul transparenței și funcționării organizate a piețelor de capital, conjugat cu dreptul de informare continuă a tuturor acționarilor asupra modificărilor în structura acționariatului, au impus o obligație de notificare a emitentului și a A.S.F. a oricărei deținere de acțiuni, în nume propriu sau concertat cu alte persoane, care atinge sau depășește pragurile legale. În concret, în cazul operațiunilor de achiziție sau vânzare a valorilor mobiliare emise de o societate admisă la tranzacționare pe o piață reglementată care fac ca drepturile de vot deținute de o persoană să atingă, să depășească sau să scadă sub unul din pragurile de 5%, 10%, 20%, 33%, 50%, 75% sau 90% din totalul drepturilor de vot, persoana respectivă are obligația să informeze societatea emitentă, A.S.F., și piața reglementată pe care sunt tranzacționate respectivele valori mobiliare.

Constituirea unei *poziții de control* (peste o treime din drepturile de vot ale emitentului), respectiv majoritară de către o persoană fizică sau juridică, singură sau acționând concertat cu alte persoane, se va face doar subsecvent satisfacerii obligației de promovare a unei *oferte publice de preluare obligatorii*, pentru toate acțiunile emitentului (art. 203 din Legea nr. 297/2004)[1]. Oferta publică în acest caz trebuie făcută în condiții speciale, respectiv cel puțin la cel mai mare preț plătit de acționar pentru acțiuni în anul anterior atingerii pragului. Sancțiunea nerespectării obligației de cumpărare prin ofertă publică este suspendarea drepturilor de vot aferente acțiunilor deținute care depășesc poziția de control (sau majoritară). Legea definește tranzacțiile exceptate și neintenționate prin care se dobândesc pozițiile ce atrag obligația ofertei publice. *Tranzacțiile neintenționate* prin care se dobândesc pozițiile în cauză nu se constituie în esență în excepții, respectiv atrag aceeași obligație a ofertei aferente sau posibilitatea înstrăinării acțiunilor ce depășesc poziția de control. Doar *tranzacțiile exceptate* înlătură cu adevărat obligația promovării unei oferte publice pentru dobândirea unei poziții de control. Sfera tranzacțiilor exceptate este limitată expres la cele intervenite în procesul de privatizare și prin adjudecări/achiziționări în proceduri de executare a creanțelor bugetare sau transferuri între societăți din același grup precum și în urma unei oferte publice de preluare voluntară adresată tuturor deținătorilor respectivelor valori mobiliare și având ca obiect toate deținerile acestora (art. 205 din Legea nr. 297/2004). În fapt sfera exceptării este foarte extinsă atât timp cât cvasi-totalitatea societăților cotate sunt societăți privatizate, care au dobândit acest statut și listarea inițială pe o piața reglementată prin efectul legilor privatizării.

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 236.

513. Reguli speciale privind adunările generale[1]. Depozitara voinței sociale pentru societățile cotate rămâne adunarea generală legal constituită. Nici o voință socială nu se poate forma în afara cadrului instituționalizat al adunării generale a acționarilor. Chiar în cazul mandatului larg conferit administratorilor și a aparenței decizionale nelimitate a acestora, rolul adunării generale nu poate fi negat. Nu este mai puțin adevărat că raporturile dintre administratori și adunarea generală par a se inversa uneori, atât timp cât aceștia folosesc deplin și necenzurat puterile largi ale mandatului și sunt cei ce convoacă adunarea generală cu ordinea de zi aferentă. Exercitarea deplină a drepturilor conferite de lege, inclusiv posibilitatea convocării adunării generale cu ordinea de zi în concordanță cu atribuțiile legale ale acesteia este necesară pentru orice acționar cu adevărat interesat de investiția sa. Verificarea conformității dintre voința socială legal exprimată și executarea mandatului administratorilor, cu eventuala angajare a răspunderii acestora, în adunările generale, în condițiile legii, este o necesitate pentru respectarea ierarhizării naturale între organele statutare, între depozitarul voinței sociale și reprezentanții societății, cei chemați a exercita această voință socială în numele societății în relațiile cu terții.

Regulile speciale aplicabile societăților cotate se ocupă și de adunările generale ale emitenților. Preocuparea este una europeană, concretizată într-o directivă specială edictată pentru exercitarea drepturilor acționarilor în emitenții de valori mobiliare tranzacționate pe piețe reglementate[2]. În mod declarat societatea trebuie să asigure tratamentul egal pentru toți titularii de acțiuni din aceeași clasă relativ la participarea și exercitarea drepturilor de vot în cadrul adunării generale[3]. Directiva europeană a fost transpusă la nivel intern prin regulament A.S.F. (C.N.V.M.)[4], stabilind cadrul de constituire și deliberare special al societăților cotate.

514. Constituirea și deliberarea în adunările generale. Importanța cadrului de exprimare a voinței sociale și necesitatea garantării formării acesteia în condițiile prescrise au făcut ca și legea pieței de capital cât și autoritatea administrativă de supraveghere să emită norme detaliate în acest sens. Scopul declarat al normelor, în realizarea finalității legii pieței de capital, privește asigurarea participării și informării complete a acționarilor pentru a exprima un vot în deplină cunoștință de cauză în adunările generale.

Legea pieței de capital reglementează expres dreptul de participare neîngrădit al acționarilor la adunarea generală sub sancțiunea nulității hotărârii [art. 243 alin. (3) și (5) din Legea nr. 297/2004] și reprezentarea [art. 243 alin. (6) din Legea nr. 297/2004] în adunările generale ale emitenților. Astfel, reprezentarea acționarilor în adunarea generală a acționarilor se poate face liber, inclusiv prin alte persoane decât acționarii, pe bază de procură specială. În mod de neînțeles este ridicată chiar *interdicția reprezentații acționarilor prin funcționari* ai societății [art. 125 alin. (5) LS]. Pentru înlăturarea obstacolelor în calea participării acționarilor la procesul decizional emitenții

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 274-290.

[2] Directiva 2007/36/CE privind exercitarea anumitor drepturi ale acționarilor în cadrul societăților comerciale cotate la bursă (JOUE L 184/17 din 14 iulie 2007).

[3] Art. 4 din Directiva 2007/36/CE.

[4] Regulamentul nr. 6/2009.

pot institui şi forme de participare la adunarea generală prin mijloace electronice de transmisie a datelor, iar acţionarii pot desemna şi revoca reprezentanţii prin mijloace electronice de transmisie a datelor. Pentru această finalitate, a folosirii mijloacelor electronice, societăţile trebuie să implementeze proceduri care să dea acţionarilor posibilitatea de a vota prin corespondenţă.

Publicitatea convocării adunărilor generale este extinsă prin transmiterea unei înştiinţări către A.S.F. şi piaţa reglementată de tranzacţionare despre acest eveniment, instituţii cu canale proprii de diseminare uşor accesibile investitorilor, iar conţinutul convocatorului este reformulat pentru a răspunde cerinţelor de informare a investitorilor (art. 5 din Regulamentul nr. 6/2009). Astfel, normele A.S.F. predefinesc conţinutul convocării adunării generale (şi necesitatea raportării către autoritate şi piaţa organizată pe care se tranzacţionează valorile mobiliare, în realizarea faptului că convocarea adunării generale este un eveniment important în sensul legii), documentele ce vor fi puse la dispoziţia acţionarilor, conţinutul minim al comunicatului de presă, conţinutul minim al materialelor informative aferente problemelor supuse dezbaterilor adunării generale şi modelul de procură specială de reprezentare în adunările generale.

Fluctuaţia potenţială mare în privinţa acţionarilor, dată de caracterul continuu al pieţelor de tranzacţionare reglementate, face ca voinţa socială să se raporteze întotdeauna la o *dată de referinţă*. Fără precizarea unei asemenea secţiuni temporale în fluctuaţiile acţionariatului nu se va putea verifica cu certitudine legalitatea formării voinţei sociale. Data respectivă, reglementată şi de dreptul comun, trebuie să fie ulterioară datei de publicare în presă a convocării adunării generale şi anterioară cu cel puţin opt zile datei adunării generale (art. 10 din Regulamentul nr. 6/2009). Acţionarii îndreptăţiţi a vota şi a da naştere voinţei sociale sunt acţionarii înregistraţi în registrul acţionarilor la sfârşitul zilei indicate (data de referinţă).

Separat de data de referinţă legea pieţei de capital stabileşte şi alt reper temporal, *data de înregistrare*, necunoscută dreptului comun. Data de înregistrare permite identificarea acţionarilor care urmează să beneficieze de dividende sau alte drepturi şi asupra cărora se răsfrâng efectele hotărârilor adunării generale ale acţionarilor. Această dată va fi ulterioară cu cel puţin 10 zile lucrătoare datei adunării generale a acţionarilor (art. 238 din Legea nr. 297/2004).

Adunarea generală este un forum de deliberare astfel încât fiecărui acţionar îi este recunoscut dreptul de dezbatere şi interpelare. Fiecare acţionar are dreptul să adreseze întrebări privind punctele de pe ordinea de zi, iar societatea, prin reprezentanţi, are obligaţia de a răspunde la întrebările adresate de acţionari. Singura derogare constă în existenţa informaţiilor pe pagina de internet a societăţii, instrument obligatoriu pentru societăţile cotate în relaţia lor cu investitorii (art. 13 din Regulamentul nr. 6/2009).

515. Administrarea societăţilor cotate. Reguli speciale[1]. O modalitate eficientă de protecţie a acţionarilor constă în implicarea acestora în gestiunea societăţii. Orice investitor îşi poate urmări optim şi la adăpost de suspiciunea unor fraude propria investiţie prin participarea directă la administrarea emitentului de valori mobiliare.

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieţei de capital, op. cit., p. 291-312.

Principiul majorității, impus de legiuitor ca regulă în formarea voinței societăților, nu este cel mai potrivit pentru desemnarea administratorilor și constituirea formei instituționalizate a acestora, respectiv consiliile de administrație sau consiliile supraveghere ale societăților cotate.

Alegerea administratorilor și a auditorilor, persoanele împuternicite a gestiona și reprezenta în condițiile legii societatea, respectiv a efectua controlul exercitării acestor atribuții, este conform legii societare atributul adunării generale ordinare a acționarilor. Aplicarea principiului majorității în desemnarea administratorilor societății este de natură a asigura un control cvasi-total al societății de către acționarul sau acționarii care acționând concertat dețin majoritatea capitalului social.

Principiul majorității în această materie nu este de natură a armoniza interesele acționarilor care în lipsa unui control eficient asupra gestionării își vad „confiscată" participarea lor la capitalul social al emitentului. Nici soluția stabilirii unor majorități calificate nu este aplicabilă în această materie, riscând a duce la imposibilitatea numirii administratorilor.

Soluțiile societare moderne se îndreaptă spre un sistem de vot în această materie de natură a reflecta în structura organului administrativ (consiliul de administrație sau de supraveghere) structura acționariatului, lucru pe care votul majoritar nu îl permite. Sistemele propuse se referă *la reprezentarea proporțională*[1], de inspirație electorală[2]. Aceste sisteme permit ca atât acționarii minoritari cât și cei majoritari să fie reprezentați în consiliile de administrație, păstrând însă proporțiile dintre participările la capitalul social.

Sunt cunoscute mai multe sisteme de reprezentare proporțională, unele pur electorale. *Votul unic transferabil*[3], permite acționarilor să ordoneze candidații în funcție de preferințele lor. Toate voturile candidaților aflați pe prima poziție sunt contabilizate și comparate cu un prag ales. Acest prag este de obicei calculat în procente, în funcție de numărul de locuri eligibile, respectiv unu deîmpărțit la numărul de locuri eligibile la care este adăugată o unitate (exemplu: pentru trei locuri eligibile pragul va fi de 25%). Candidații care depășesc acest prag sunt aleși. Dacă nu toate locurile sunt ocupate în acest mod, cel mai prost clasat candidat este eliminat, iar voturile sale sunt repartizate conform opțiunii a doua a fiecărui votant care a votat pentru cel eliminat. Procesul continuă până sunt ocupate toate locurile disponibile.

Sistemul listei de partid[4] are la bază procesele electorale și pornește cu câte o listă de candidați propusă de fiecare entitate participantă, având atâția candidați câte locuri eligibile sunt. Votanții vor alege lista dorită. Procentul din voturile totale obținut de fiecare listă participantă va fi folosit pentru extragerea din fiecare listă a candidaților declarați câștigători. Sistemul are două variante, cu listă închisă, când votanții votează doar lista și sistemul listei deținute public, când votanții hotărăsc și ordinea candidaților în interiorul listei.

---

[1] Principiile generale ale legislației societăților comerciale în economiile în tranziție, emise în septembrie 1996 și prezentate la întâlnirea experților de la Istanbul, 9-11 decembrie 1996, de OECD.

[2] *C. Gheorghe*, Sisteme elective în democrația societară, în CJ nr. 1/2009.

[3] *Single transferable vote* (STV) (varianta în limba engleză).

[4] *Party-list system* (varianta în limba engleză).

Votul cumulativ[1] este sistemul preferat de reglementările societare. Procedura constă în multiplicarea numărului de voturi deținute de fiecare acționar cu numărul de locuri eligibile[2]. Fiecare acționar poate să utilizeze cum doreşte voturile astfel cumulate, toate pentru un candidat sau în orice altă distribuție, iar candidații cu cele mai multe voturi sunt aleşi.

Cel mai potrivit sistem pentru desemnarea administratorilor este votul cumulativ, care, în situația impunerii unui număr minim de trei sau cinci locuri eligibile, este în măsură a asigura şi reprezentarea acționarilor minoritari.

Când nici în urma folosirii votului cumulativ nu sunt reprezentați în consiliul de administrație decât acționarul sau acționarii care acționând concertat dețin controlul asupra societății, căutarea unei imparțialități poate fi satisfăcută prin folosirea instituției *administratorului independent* reglementată de dreptul comun. Legea pieței de capital instituie metoda votului cumulativ pentru alegerea administratorilor societăților cotate fie în mod voluntar, statutar, fie în mod obligatoriu, la cererea unui acționar semnificativ (art. 234 din Legea nr. 297/2004). În cazul în care obligația nu este respectată acționarul are deschisă calea judiciară în acest scop. Funcționarea metodei necesită un organ administrativ mai extins, astfel încât legea obligă la alegerea unui consiliu de minim cinci membri. Prin indicația legii fiecare acționar are dreptul de a-şi atribui voturile cumulate (voturile obținute în urma înmulțirii voturilor deținute de către orice acționar, potrivit participării la capitalul social, cu numărul administratorilor ce urmează să formeze consiliul de administrație) uneia sau mai multor persoane propuse pentru a fi alese în consiliul de administrație (art. 126 din Regulamentul nr. 1/2006). Regulile administrativ-normative permit funcționarea metodei şi în cazul revocării administratorilor[3].

Modalitatea de revocare a administratorilor aleşi prin metoda votului cumulativ a fost rezolvată în sistemele legislative care folosesc această metodă prin raportarea la voturile exprimate împotriva revocării, nu cele exprimate pentru această măsură. Astfel, „într-o societate care foloseşte votul cumulativ, dacă nu este revocat tot consiliul de administrație, un administrator nu este revocat dacă împotriva revocării sale sunt exercitate un număr de voturi suficiente pentru alegerea acelui administrator la o alegere a întregului consiliu prin votul cumulativ"[4].

Eficiența metodei votului cumulativ este nulă atât timp cât revocarea este posibilă prin apelarea la principiul originar al majorității. Impedimentul este rezolvat prin impunerea unui mandat unic pentru întreg consiliu.

---

[1] *Cumulative voting* (varianta în limba engleză).

[2] *C. Gheorghe*, Votul cumulativ în democrația societară, în CJ nr. 3/2009; *C. Gheorghe*, Sistemul electiv al pieței române de capital. Votul cumulativ, în CJ nr. 8/2009.

[3] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 297. Revocarea administratorilor este realizată în mod indirect pe calea neconfirmării unui consiliu, care poate fi ales doar în întregime, nu individual.

[4] Legea Statului Minnesota, conform căreia votul cumulativ devine obligatoriu la cererea oricărui acționar (Minnesota Statutes 2001, Chapter 302A, Corporations, Section 302A.223, subdivision 3, Removal of directors). În acelaşi sens se exprimă şi California Corporations Code, Section 12360-12364 conform căreia votul cumulativ devine obligatoriu dacă este adoptat prin actele constitutive acolo unde legea permite.

516. Prima de emisiune obligatorie. Majorarea de capital social în societățile cotate cunoaște anumite diferențieri față de dreptul comun. Spiritul reglementării este acela al protejării drepturilor acționarilor, în special al acționarilor care nu subscriu în majorarea de capital, și este aliniată principiului echității.

Aporturile în natură nu sunt uzuale în domeniul financiar. Legea pieței de capital le reglementează într-un mod care le face practic inaplicabile (prin instituirea unei majorități speciale raportate la numărul de acționari, nu la drepturile lor de vot). Noutatea în domeniu este reprezentată în primul rând de valoarea de emitere minimă, *prima de emisiune obligatorie* impusă în domeniu.

Dreptul de preemțiune este un drept de protecție important recunoscut acționarilor. În cazul ridicării acestuia, ca excepție, legea pieței de capital impune din nou *prima de emisiune obligatorie*.

Inovația indusă în materia majorărilor de capital social al societăților cotate este deci cea privind prima obligatorie de emisiune. În această materie accentul cade pe protecția drepturilor acționarilor care nu participă la majorarea de capital, pentru prevenirea diluării inechitabile a cotei lor de participare la capitalul social. O astfel de soluție este una specifică economiilor hiperinflaționiste, sau în cazul în care societatea deține rezerve statutare foarte mari astfel încât emiterea acțiunilor la valoarea nominală favorizează puternic noii dobânditori de acțiuni (valoarea contabilă, eventual bursieră este mult mai mare decât valoarea nominală de emisiune). În situațiile date neexercitarea dreptului de preferință (pentru că nu a fost acordat sau acționarul nu dorit să subscrie) este de natură să aducă atingere drepturilor acționarilor. Dreptul de preferință reglementat de lege este, ca orice drept, o facultate, o posibilitate de acțiune existentă la îndemâna subiectului dreptului. Dacă acționarul nu înțelege sa uzeze de această facultate – din motive obiective sau investiționale proprii – nu înseamnă că acceptă o vătămare adusă drepturilor pe care le are deja. În mod firesc, dacă nu a folosit dreptul său de preemțiune, cota din capital deținută de acționar și drepturile aferente se vor diminua prin mărirea procentului deținut de acționarul/acționarii care au subscris. Însă această diminuare, respectiv mărire în persoana acționarului/acționarilor care au subscris, trebuie să fie echitabilă, să aibă la bază strict valoarea reală a aportului adus în societate raportat la aporturile deja existente și la patrimoniul societății. Dacă în schimbul aporturilor acționarii primesc un număr prea mare de acțiuni (prin emiterea acțiunilor la valoarea nominală) drepturile patrimoniale ale vechilor acționari sunt diminuate inechitabil.

Soluția aleasă legea pieței de capital în situațiile particulare arătate este impunerea unui preț de emisiune al acțiunilor minim (mai mare decât minimul legal reprezentat de valoarea nominală). Astfel, numărul de acțiuni ce revine aportatorului ca urmare a majorării capitalului cu aportul în natură se determină ca raport între valoarea aportului și cea mai mare valoare dintre prețul de piață al unei acțiuni, valoarea pe acțiune calculată în baza activului net contabil sau valoarea nominală a acțiunii. În acest mod societatea este împiedecată să-și vândă acțiunile ieftin. Trebuie să o facă la valoarea bursieră sau la valoarea contabilă (dacă nu cumva acestea sunt mai mici ca valoarea nominală, caz în care se aplică această valoarea minimă de drept comun). Aceeași soluție este aplicată și în cazul suspendării dreptului de preemțiune aferent majorării de capital social. Obligativitatea emisiunii acțiunii la valoarea reală este incident și acum.

În restul cazurilor însă societatea are ca singură restricție de emisiune valoarea nominală. Singura modalitate de protecție a acționarilor în cazul existenței rezervelor statutare este exercitarea dreptului de preemțiune. În caz contrar noii acționari vor beneficia pe gratis de partea lor la rezervele statutare (când acționarii vor avea acces la ele).

517. Informații privilegiate. Abuzul de piață. O protecție importantă este asigurată acționarilor prin definirea informațiilor privilegiate [art. 244 alin. (1) din Legea nr. 297/2004], a manipulării pieței [art. 244 alin. (5) din Legea nr. 297/2004] și a regimului juridic al acestor două comportamente reunite sub denumirea de abuz de piață[1].

Regulile și sancțiunea folosirii frauduloase a informațiilor privilegiate[2] sunt o preocupare importantă a reglementărilor europene în scopul garantării accesului egal al investitorilor la informația relevantă despre emitenți.

Regimul legal definește *in extenso* deținătorii de informații privilegiate – persoanele inițiate – cărora le incumbă obligația abținerii de la folosirea acestora în mod direct sau indirect în tranzacționare. Sancționarea fenomenului de *insider trading* este importantă pentru asigurarea egalității de tratament a investitorilor.

Legea pieței de capital se preocupă și de asigurarea unei piețe reglementate pentru tranzacționarea valorilor mobiliare care să funcționeze strict după regulile cererii și ofertei. Nomele se preocupă constant de asigurarea unei piețe „ordonate", cu respectarea drepturilor tuturor investitorilor. Asigurarea unei piețe guvernată strict de cerere și ofertă impune incriminarea practicilor care influențează artificial raportul dintre cerere și ofertă precum și tranzacțiile nebazate pe un transfer real și efectiv de proprietate, respectiv *manipularea pieței*.

Ca și în cazul tranzacționării bazate pe informații privilegiate, manipularea pieței în forma incriminată atrage răspunderea penală (art. 279 din Legea pieței de capital). Din punct de vedere penal, regimul sancționator a fost conturat și prin Legea privind prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție care acopereau și fenomenul de *insider trading* anterior sancționării explicite a acestuia prin legislația pieței de capital[3].

Subsecțiunea a 3-a. Guvernanța corporativă

518. Preambul. Societățile cotate sunt exemplul cel mai pur al societăților de capital, societăți create prin participări la formarea capitalului social al unui număr de obicei foarte mare de persoane, fără o altă afinitate între ele decât intenția de desfășurare de activități economice, de către entitatea creată în tărâmul dreptului comercial, în scopul declarat și urmărit cu obstinație de obținere și împărțire a profitului[4].

La societățile cotate, cu un acționariat dispersat și în mare parte sub pragul de acționariat semnificativ, deseori voința acționarului se refuză voinței sociale, este în afara ei, nefiind o componentă constitutivă sau fiind una dispensabilă, astfel încât

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 204-219.

[2] *Insider-trading* (varianta în limba engleză).

[3] Art. 12 din Legea nr. 78/2000, cu modificările ulterioare.

[4] *C. Gheorghe*, Guvernanța corporativă motor al dezvoltării societăților comerciale în contextul globalizării, în *Ad Honorem* Stanciu D. Cărpenaru – Studii juridice alese, Ed. All Beck, București, 2006.

decizia fundamentală în care se reflectă voința micului acționar este de a își păstra investiția sau de a vinde, dacă lichiditatea acelei acțiuni îi permite. Este menirea organului administrativ a implica acționariatul nesemnificativ, a-l informa și a-i asigura un rol în formarea voinței sociale prin acceptarea și asimilarea inițiativelor sale, nu prin impunerea opacă a principiului majorității.

Reglementările pieței de capital trebuie să-i asigure investitorului garanția folosirii fondurilor sale în scopul declarat al obținerii de profit, de către persoanele care urmăresc acest lucru ca o profesiune obișnuită, emitenții, și garanția împotriva practicilor neloiale, abuzive și frauduloase.

O categorie aparte a investitorilor este reprezentată de investitorii instituționalizați, investitori al căror obiect de activitate constă tocmai în mobilizarea resurselor financiare ale persoanelor de drept, în scopul gestionării lor optime prin investiții pe piața de capital. Reglementările A.S.F. (C.N.V.M.) folosesc noțiunea de *investitori profesionali* pentru acei investitori capabili a evalua caracteristicile de risc și randament ale valorilor mobiliare, care au resursele necesare pentru a-și asuma riscul economic, exemplificați ca instituții de credit, societăți și fonduri de investiții, societăți de asigurări, fonduri de pensii, societăți financiare, alții calificați ca atare.

Astfel de investitori au un potențial mai mare de a se implica în gestionarea și formarea voinței sociale a societăților cotate. Chiar în lipsa unor participări semnificative, cadrul legislativ trebuie să le permită corectarea tendințelor de acaparare a societăților de managementul sau acționarul lor majoritar și deturnarea lor de la principiile eficienței și acumulării economice în interesul tuturor acționarilor.

519. Societățile cotate și democrația societară. Sistemul nostru normativ în domeniul societar nu a creat un cadru aparte pentru societățile cotate care să consacre separat acest gen de societăți, emitente de valori mobiliare. Dreptul comun rămâne reprezentat de legea societăților, amendată succesiv pentru asimilarea instituțiilor de *societate ale cărei acțiuni sunt tranzacționate pe o piață reglementată* (cotată), valori mobiliare, ofertă publică, registru independent privat etc., definite inițial prin legea privind valorile mobiliare și bursele de valori, Legea nr. 52/1994, înlocuită cu O.U.G. nr. 28/2002, abrogată de legea cadru prezentă a pieței de capital, *Legea nr. 297/2004*. În succesiunea normativă arătată, societatea deschisă, redenumită societate deținută public și înlocuită în prezent cu sintagma incomodă de societate ale cărei acțiuni se tranzacționează pe o piață reglementată (numită doar colocvial *societate cotată sau listată*) nu a fost individualizată ca o specie distinctă a societății pe acțiuni, ci doar ca un subiect de drept supus atât dreptului societar comun cât și reglementărilor speciale ale pieței de capital și ale autorității de reglementare A.S.F. (fost C.N.V.M.). Legea societăților a luat act de regimul special al pieței de capital și a incorporat numeroase trimiteri la instituțiile juridice ale piețelor reglementate și supravegheate administrativ. Regimul pieței de capital a arătat o deschidere mai mare pentru tehnici și procedee de protecție a acționarilor și încurajare a investițiilor. Toate aceste mecanisme au disipat în mare parte spre dreptul comun al societăților fiindcă societățile cotate rămân societăți pe acțiuni, iar problematica juridică și dorința de modernizare este comună tuturor societăților de capitaluri. Atracția ideii de *democrație societară* este veche și sugerează existența unor reguli general acceptate de acomodare și respectarea a drepturilor și

intereselor tuturor părților implicate în viața societară. Țelurile finale ale unei asemenea democrații sunt însă limitate la bunăstarea acționarilor și părților implicate, îmbogățirea dacă se poate, fără să transceandă planul material. O astfel de democrație redusă la finalități mundane are șanse mici să producă principii cu valoare de comandamente imperative.

Protecția investitorilor și participarea lor la procesul decizional al societăților cotate s-a cristalizat de ceva timp în jurul noțiunii de *conducere (guvernanță) corporativă*[1]. Noțiunea respectivă transcende simplul raport dintre voința acționarilor și voința socială și-și dorește a încorpora un ansamblu de norme care să guverneze relațiile dintre administrația, conducerea executivă, acționarii și alte persoane ce prezintă un interes în societate (obligatari, alți creditori etc.)[2]. Conducerea corporativă își propune să creeze instrumentele prin care obiectivele companiei sunt stabilite și modul cum pot fi monitorizate și îndeplinite.

Fenomenul de globalizare, dezbătut pe plan mondial în relațiile economice, cât și interesul larg pentru investiții în valori mobiliare realizate pe o piață de capital ce acoperă arii geografice întinse, inclusiv transfrontaliere, a determinat necesitatea creării unui set de reguli comune minimale care să protejeze investitorii. În acest sens au fost elaborate adevărate coduri de conducere corporativă care, fără a avea o valoare normativă, induc principiile de urmat de sistemele legislative naționale pentru implementarea unui cadru minimal de protecție a acționarilor în societățile cotate și implicit de atragere a capitalului de împrumut de pe această piață. Ambițiile acestor coduri sunt de globalizare, de acceptare universală, de topire într-un fel de drept natural al investitorilor care să fie regăsit în fiecare sistem normativ.

Unul dintre obiectivele fundamentale ale conducerii corporative este protecția eficientă a acționarilor minoritari. Într-adevăr, aceștia sunt o țintă importantă a unei bune conduceri corporative, atât timp cât acționarii care controlează societatea își pot valorifica optim interesele prin aplicarea principiului majorității care guvernează cvasitotal formarea voinței sociale. Normele conducerii corporative trebuie tocmai să prevină o „expropriere" a investiției acționarilor care nu posedă controlul, de către conducerea societății sau acționarii care posedă administrarea.

520. Coduri de guvernanță corporativă. Abordările de guvernanță corporativă au avut un impact important asupra sistemelor naționale de drept societar și au deja o vechime considerabilă[3]. Fără a încerca o ierarhizare a codificărilor este indubitabil că codificarea de guvernanță corporativă cu cel mai mare succes și recunoaștere unanimă, fără a fi neapărat cea mai veche sau cea mai originală, este reprezentată de principiilor de guvernare corporativă redactate de Organizația pentru Cooperare Economică și Dezvoltare (OECD), lansate în mai 1999 sub denumirea de *OECD Principles of Corporate Governance*. După o perioadă lungă de evaluări, conferințe și contribuții ale organizațiilor neguvernamentale, acestea au fost revizuite și completate sensibil în anul 2004.

---

[1] *Corporate Governance* (varianta în limba engleză).

[2] „(...) corporate governance, wich involves a set of relationship between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders". OECD Principles of Corporate Governance (*http://www.oecd.org*).

[3] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 129.

Principiile abordează șase domenii de interes în dreptul societar: asigurarea unui mediu corespunzător pentru guvernarea corporativă, drepturile acționarilor, tratamentul echitabil al acționarilor, rolul tuturor persoanelor interesate în guvernarea corporativă, informarea, transparența și responsabilitățile organului de administrare.

Recomandările OECD conțin adnotări pe larg la principiile expuse care să permită o implementare în sisteme legislative naționale diferite. Fără a da soluții concrete, acestea caută puncte de convergență la nivel de principii care să-și găsească o cât mai largă aplicabilitate[1].

Primul principiu de guvernanță, creația principală a reactualizării Codului din anul 2004, statuează importanța asigurării condițiilor pentru *aplicarea efectivă a cadrului guvernării corporative*. Practic codificarea își dezvăluie ambițiile normative, intenția de a infiltra sistemele naționale cu norme care să reflecte cât mai exact principiile sale. Celelalte cinci principii, originale, identifică și expun probleme care trebuie soluționate pentru îmbunătățirea democrației societare.

521. Drepturile acționarilor. Principiul de guvernanță identifică cadrul minimal de garanții căutate de investitori pentru garantarea drepturilor lor. Aceste garanții privesc metode sigure de înregistrare a proprietății asupra acțiunilor, transferul acțiunilor, obținerea informațiilor relevante și la timp asupra societății, participarea și dreptul de vot în adunările generale, alegerea administratorilor și repartizarea profitului. Practic principiul statuează necesitatea recunoașterii drepturilor patrimoniale și nepatrimoniale atașate acțiunilor. Distincția dintre patrimoniul social și patrimoniul individual al acționarului și lipsa drepturilor sociale directe ale acționarului poate fi atenuată prin participarea acționarilor la evoluția societății în plan instituțional și patrimonial. Ținerea la distanță de societate a acționarilor de către administrația societății nu face decât să frustreze acționarul care ajunge să se îndoiască de conținutul drepturilor lui derivate din deținerea acțiunilor.

Adăugirea principală care vizează acest principiu de guvernanță corporativă, operată prin varianta revizuită a *Principiilor*, privește exercitarea efectivă a drepturilor deja recunoscute ale acționarilor. Simpla exprimare a drepturilor fără asigurarea cadrului facil pentru exercitarea lor nu ajută la atingerea scopurilor unei bune guvernanțe. Diferența dintre existența dreptului și exercitarea lui este mare. În principiu toți acționarii își cunosc drepturile, dar sunt foarte puțini cei dispuși să le exercite efectiv datorită unui calcul costuri-beneficii pentru această acțiune. Micii acționari pot fi descurajați cu ușurință să exercite drepturile lor fiindcă ei conștientizează importanța redusă a votului lor, iar dacă această situație le este și subliniată sau făcută și mai oneroasă prin formalități constitutive distanța dintre ei și societate este asigurată.

522. Tratamentul echitabil al acționarilor. Democrația societară se bazează în mare parte pe această regulă declarată de funcționare a societăților de capitaluri: tratamentul egal al tuturor acționarilor, inclusiv al acționarilor minoritari și străini.

[1] Principiile OECD de guvernanță corporativă, Partea a II-a, Adnotări la Principiile OECD de guvernanță corporativă, p. 27-69.

Egalitatea acțiunilor și egalitatea drepturilor conferite de ele acționarilor este un fundament teoretic al societăților pe acțiuni.

Toți acționarii din aceeași clasă trebuie să aibă aceleași drepturi atașate acțiunii, în principal drepturi de vot și să fie în cunoștință de cauză la achiziționarea acțiunilor. Legislația societară se străduiește să confere aceeași poziție tuturor acționarilor față de societate. Este însă inevitabil ca majoritățile de deținere să așeze acționarii în poziții privilegiate în privința raportului cu administrarea societății. Astfel de drepturi ce derivă din deținere substanțiale trebuie exercitate în favoarea societății. Dezvoltarea patrimonială a societății trebuie să se simtă în privința fiecărui acționar și doar administrarea în folosul societăți poate sluji acest deziderat. Deturnarea activității societății în interesul unei majorității va prejudicia în mod direct restul acționarilor. Tratamentul echitabil al acționarilor nu înseamnă doar recunoașterea drepturilor lor, ci și ocrotirea acestor drepturi prin respectarea interesului social.

523. Rolul tuturor persoanelor interesate în conducerea corporativă. Societatea, deținând personalitate juridică, ar trebui să tindă și la o responsabilitate socială, la o poziție de conlucrare cu ceilalți participanți la circuitul juridic și social.

Funcționarea responsabilă a societății în sistemul impune respectarea conținutului tuturor raporturilor juridice în care este implicată societatea, dar și elaborarea de strategii mai îndelungate. Căutarea cu obstinație a profitului imediat erodează în mod rapid relațiile cu furnizorii, clienții, salariații. Rezultatele rapide și indiferent de mijloace neagă rolul celorlalți și sfârșește prin izolarea entității condusă doar de obsesia câștigului prin orice mijloace. Precum într-un mediu natural și într-un mediu social resursele avute la dispoziție trebuie economisite și regenerate. În caz contrar societatea se va sufoca în propria turpitudine și comportament deviant. Rolul salariaților și drepturile lor, inclusiv în ceea ce privește participările la capitalul societății, trebuie ocrotite și lăsate să se dezvolte. Nicio societate nu va putea prospera pe timp lung dacă salariații săi sunt pauperi și neglijați. Rolul și poziția salariaților într-o întreprindere sunt din ce în ce mai mult recunoscute în contextul european, având numeroase reflectări normative alături de normele privind organizarea și funcționarea întreprinderii.

524. Informarea și transparența. Conducerea corporativă trebuie să aibă ca obiectiv asigurarea de informații corecte, complete și la timp, la dispoziția investitorilor, în toate domeniile care privesc societatea, în special în domeniul economic, concretizate în situațiile financiare, performanțele și repartițiile realizate de societate. Sfera informațiilor este bine delimitată în domeniul bursier însă nici societățile necotate nu sunt indiferente la disponibilitatea și calitatea informațiilor. Neimplicarea în gestiune atrage aceeași situație a deficitului de informație resimțit de acționarul ne-administrator. Nici calitatea informației nu este de neglijat. Informația trebuie să fie pregătită și certificată (auditată după standardele specifice pentru informația contabilă). Situațiile financiare au un model prestabilit de întocmire și necesită auditarea realizată de un auditor independent. Accesul la informație trebuie să fie facil, la timp și la costuri adecvate.

525. Răspunderea administratorilor. Conducerea corporativă trebuie să asigure o strategie de evoluție a societății, dar și modalități de înscriere a societății, prin grija administratorilor, pe traiectoria dorită. Societățile de capitaluri necesită monitorizarea conducerii executive de către administratori și răspunderea acestora față de societate și acționari.

Principiile de guvernanță sunt focalizate pe rolul de supraveghere, îndrumare și control al activității societății realizat de organul de administrare. Eșecul activității acestuia poate atrage răspunderea membrilor consiliului. Guvernanța corporativă nu este eficientă fără recursul la un sistem clar de fixare a responsabilităților și răspunderii administratorilor. Obligațiile administratorilor și modul de răspundere socială al lor trebuie reglementat.

Administratorii trebuie să asigure respectarea legii, actului constitutiv și a deciziilor asociaților.

Consiliul de administrație trebuie să includă un număr suficient de membri independenți care să judece nepărtinitor potențialele conflicte de interese. Administratorii independenți, instituție recentă în dreptul nostru, nu pot fi angajați ai societății și nici să aibă o legătură cu societatea sau cu conducerea sa, de natură economică, familială sau de altă natură.

Administratorii trebuie să aloce suficient timp pentru responsabilitățile lor și trebuie să aibă acces la informații relevante, furnizate în timp util.

526. Alte reflectări ale guvernanței corporative. Asociația Internațională a Conducerii Corporative (*International Corporate Governance Network* – ICGN)[1] a emis o declarație de susținere a *Principiilor OECD* însoțită de adnotări și amplificări pentru fiecare dintre ele[2]. Recomandarea ICGN subliniază că este în interesul societăților să adere la aceste principii, chiar în lipsa oricăror obligații legale rezultate din implementare normativă, pentru a deveni mai atractive, pentru atragerea resurselor de pe piețele de capital.

Aceste recomandări, fiind un punct de vedere al investitorilor, impun să fie declarat ca obiectiv al societăților *optimizarea în timp a profitului acționarilor*. Când alte elemente afectează acest obiectiv, ele trebuie afirmate și dezvăluite. În opinia asociației, investitorii instituționalizați au obligația, nu numai dreptul, de a vota în temeiul acțiunilor deținute, indiferent de costuri și obstacole. Asociația sprijină metode de vot neconvenționale, inclusiv prin poștă, telefon, fax, internet, e-mail.

O reacție europeană la principiile OECD este reprezentată de directivele[3] *European Shareholders Group „Eurosharesholders"*[4] – *Grupul European al Acționarilor* – care

---

[1] ICGN, fondată în 1995 la inițiativa unor investitori instituționali, reprezentanți ai investitorilor, societăți, instituții financiare, universități și alte părți interesate în dezvoltarea unor practici globale de conducere corporativă. Își propune dialogul internațional pe această temă.

[2] ICGN Statement on Global Corporate Governance Principles – adoptată la 9 iulie 1999 la Conferința anuală de la Frankfurt.

[3] Euroshareholders Corporate Governance Guidelines 2000, februarie 2000.

[4] „Euro shareholders" este o confederație a asociațiilor europene ale acționarilor, fondată în 1990 cu sediul la Brussels având ca membri opt asociații naționale ale acționarilor. Obiectivele declarate sunt armonizarea la nivelul Uniunii Europene pe teme ca protecția acționarilor

a subscris şi el principiilor de guvernanţă OECD. Grupul a emis un pachet de zece recomandări, unele multiple, împreună cu dezvoltări aferente. Astfel, o societate trebuie să aibă ca ţel maximizarea valorii acţiunilor pe termen lung. Deciziile majore cu impact social trebuie să rămână rezervate acţionarilor ca organ statutar suprem. Strategiile anti-preluare sau măsuri care restrâng drepturile acţionarilor trebuiesc ocolite. Fuziunile şi preluările trebuie legiferate, iar respectarea normelor respective trebuie supravegheată. Depăşirea de către un acţionar a unui prag de deţinere trebuie să atragă o ofertă de preluare, la nivelul preţului plătit la achiziţia poziţiei respective. Companiile trebuie să dezvăluie informaţiile care pot influenţa preţul acţiunilor precum şi informaţiile despre acei acţionari care traversează pragul de semnificaţie.

Auditorii trebuie să fie independenţi şi trebuie aleşi de adunarea generală. Acţionarii trebuie să poată introduce puncte pe ordinea de zi a adunării generale. Toate recomandările tind spre o democraţie societară în folosul acţionarilor şi pornesc de la codificarea OECD.

---

minoritari, transparenta pieţei de capital şi votul transfrontalier la adunările asociaţilor, creşterea valorii acţiunilor în companiile europene şi susţinerea conducerii corporative la nivel european. Asociaţia Acţionarilor din România are statut de membru asociat din anul 2001.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul VI
Societatea în comandită pe acțiuni

527. Introducere. Societatea în comandită simplă este o societate de capitaluri care emite valori mobiliare și are regim de constituire și funcționare similar cu al societății pe acțiuni, cu care este de obicei tratată împreună. Ca și societatea în comandită simplă societatea în comandită pe acțiuni are două categorii de acționari, cel puțin câte unul din fiecare categorie. *Acționarii comanditați* răspund nelimitat si solidar pentru obligațiile sociale, asemănător asociaților în societățile în nume colectiv, iar *acționarii comanditari*, răspund limitat, până la concurența capitalului social subscris prin aportare. Deși societățile în comandită au practic același șablon societar, regimul titlurilor emise le separă fundamental. Societatea în comandită simplă este o societate de persoane, cu regim restrictiv al circulației părților de interes emise în timp ce societatea în comandită pe acțiuni este o societate de capitaluri, cu regim de valori mobiliare al acțiunilor emise.

Societatea în comandită pe acțiuni a avut o perioadă de glorie în dreptul francez după edictarea Codului comercial, atunci când societatea pură de capitaluri, societatea anonimă, era supusă autorizării guvernamentale în timp ce societatea în comandită, în baza garanției dată de răspunderea comanditaților, era liberă[1]. Odată cu libertatea de constituire acordată societății pe acțiuni societatea în comandită pe acțiuni a căzut în desuetudine.

528. Avantajele și dezavantajele societății. Inconvenientele societății în comandită pe acțiuni țin de existența a două categorii de asociați, cu regim juridic diferit și de răspunderea nelimitată a asociaților comanditați. Avantajele societății țin însă de un regim mai flexibil de reglementare statutară dat în principal de nivelul normativ redus rezervat societății. Existența răspunderii nelimitate a asociaților comanditați și responsabilitatea sporită a acestora poate face și accesul la creditare mai ușor. Vocația emiterii valorilor mobiliare asigură de asemeni accesul la resurse publice de finanțare, inclusiv prin admitere la cota unei burse de valori. Acțiunile comune, acțiunile comanditarilor, îndeplinesc cerințele de listare și permit tranzacționarea lor pe piețe reglementate în urma satisfacerii obligațiilor bursiere de informare a investitorilor.

Societatea în comandită pe acțiuni relevă în prezent un potențial atractiv de *protecție antipreluare*. Existența acționarilor comanditați care confiscă practic administrarea societății și sunt supuși unui regim de revocare special face societatea în comandită pe acțiuni foarte rezistentă la tentativele de preluare ostilă. Îmbinarea unui

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 280.

control de grup, eventual de familie cu caracterele unei societăți pe acțiuni, eventual cotate, a fost deja remarcat și utilizat de societăți de anvergură mare[1].

529. Funcționarea și administrarea societății în comandită pe acțiuni. Constituirea și deliberarea în societatea în comandită pe acțiuni nu au edictate norme speciale. Practic, cu excepția celor două categorii de asociați, care trebuie evidențiați statutar, constituirea, dar și deliberarea în adunările generale specifice societății în comandită pe acțiuni urmează regimul societății pe acțiuni. În privința deliberărilor, singura particularitate privește asociații comanditați, care sunt și administratori. Ei nu pot lua parte la deliberările adunărilor generale pentru alegerea cenzorilor sau auditorului financiar, chiar dacă posedă acțiuni ale societății (art. 190 LS).

Administrarea societății prezintă particularități față de societatea pe acțiuni. Legea română a ales să rezerve administrarea societății acționarilor comanditați, în realizarea răspunderii lor sporite (nelimitate), și să elimine sistemul dualist de administrare pentru aceste societăți. Dacă administratorul nu este dintre comanditați el capătă *ope legis* această calitate ca urmare a alegerii lui [art. 189 alin. (4) LS]. În concluzie administratori pot fi doar asociații (nu și terți) și, mai mult, doar asociații comanditați, iar numirea unui nou administrator trebuie să aibă și acordul celorlalți administratori. Competența alegerii și revocării lor aparține adunării generale extraordinare a acționarilor.

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Reglementările de drept privat, și prezente și trecute, rețin în mod ferm părțile sociale, nu și părțile de interes, ca obiect al garanțiilor reale, al ipotecii mobiliare. Codul civil reia această prevedere din izvorul legal anterior al garanțiilor reale mobiliare, Legea nr. 99/1999. Constituirea ipotecii asupra acestor titluri devine de necontestat însă efectele și realizarea unei asemenea garanții ridică unele neclarități.

Este de natură reglementarea civilă a ipotecilor mobiliare asupra părților sociale să confere acestora, în mod excepțional sau limitat, un caracter urmăribil, să le confere o apropriere de titlurile negociabile, lucru refuzat evident părților de interes?

2. Dreptul la asociere este recunoscut liber tuturor persoanelor de drept, fizice și juridice în vederea constituirii de societăți cu personalitate juridică. Asociații cunosc o diferențiere importantă dată de tipul de răspundere, propriu fiecărui șablon societar, răspundere limitată sau nelimitată. În baza libertății de asociere nimic nu oprește o societate să fie asociat cu răspundere nelimitată la altă societate cu personalitate juridică.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 734. Societăți mari (Lagardere, Michelin, Hermes) au adoptat sau au păstrat structura comanditei pe acțiuni care asigură o protecție eficientă împotriva preluărilor bursiere ostile.

Este oare criticabilă sau cenzurabilă legal situația unei societăți cu răspundere limitată care își asumă calitatea de asociat într-o societate în nume colectiv. Este vreo contradicție între răspunderea limitată a asociaților fată de SRL lor și răspunderea nelimitată a acestuia față de societatea în nume colectiv la care este asociat?

3. Clauzele de limitare a transferului dreptului de proprietate asupra acțiunilor au suscitat dispute de durată în doctrina societară. În prezent legea societăților declară posibilitatea stabilirii statutare și a altor modalități de transfer al dreptului de proprietate asupra acțiunilor.

Lipsa de reglementare explicită a clauzelor de restricționare a transferului dreptului de proprietate asupra acțiunilor înseamnă lipsa oricăror limitări și libertatea statutară în privința limitării transferabilității acțiunilor? Dacă nu, care ar fi criteriile de validitate ale acestor clauze statutare.

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Funcția societară deliberativă.
2. Funcția societară de administrare.
3. Funcția societară de supraveghere a gestiunii.
4. Funcționarea societății în nume colectiv.
5. Funcționarea societății în comandita simplă și în comandită pe acțiuni.
6. Funcționarea societății cu răspundere limitată.
7. Adunările generale ale societății pe acțiuni.
8. Sistemul unitar de administrare.
9. Sistemul dualist de administrare.
10. Drepturile nepatrimoniale ale acționarilor.
11. Societățile cotate. Caracteristici și reguli speciale.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Adunarea generală ordinară poate să decidă:
a) aprobarea situațiilor financiare anuale;
b) alegerea administratorilor;
c) demiterea auditorilor.

2. Directorii care primesc competențe delegate în cadrul sistemului unitar:
a) sunt salariați ai societății pe bază de contract de muncă doar pe perioadă nedeterminată;
b) pot fi desemnați doar dintre administratori;
c) nu pot reprezenta societatea decât cu acordul președintelui consiliului de administrație.

3. Administratorii independenți:
a) nu pot fi directori ai societății;
b) nu pot fi salariați ai societății;
c) nu pot deține nicio acțiune la societate.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie specifică

Angheni, S., Drept comercial. Profesioniştii-comercianţi, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.

Cărpenaru, St.D., Drept comercial român, Ediţia a VIII-a, revăzută şi adăugită, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Duţescu, C., Drepturile acţionarilor, ed. 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

Georgescu, I.L., Drept comercial român, vol. II, Restitutio, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Gheorghe, C., Dreptul pieţei de capital, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Gheorghe, C., Nulităţi de drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Gheorghe, C., Societăţi comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003.

Merle, Ph., Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011.

Nemeş, V., Drept comercial. Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL VII
Societatea cu personalitate juridică. Modificarea şi încetarea

Cuprins

Capitolul I. Modificarea şi transformarea societăţilor cu personalitate juridică
Capitolul II. Fuziunea şi divizarea societăţilor cu personalitate juridică
Capitolul III. Dizolvarea şi lichidarea societăţii
Teme de dezbatere şi teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Modificarea şi transformarea societăților cu personalitate juridică

Secțiunea 1. Modificarea societăților cu personalitate juridică

530. Noțiune. Societatea cu personalitate juridică se reîntoarce la esența sa contractuală în situația modificării şi transformării ei. Elementele care reclamă modificarea, datorită oportunităților de moment sesizate de asociați, sunt prevederi ale pactului societar originar, din actul constitutiv al societății, astfel încât modificarea societății reprezintă de fapt modificarea acestui act constitutiv[1]. Încheierea actului constitutiv are loc pe baze strict civile, necesitând întotdeauna acordul, unanimitatea voințelor asociaților. Legea societăților poate renunța la acest principiu odată constituirea societății. Deşi se vorbeşte în mod nediferențiat de voința socială ca voință nouă care guvernează evoluția societății cu personalitate juridică aceasta este intim legată de patrimoniul propriu, capacitatea juridică proprie şi raporturile juridice la care participă societatea cu personalitate juridică. În privința actului constitutiv termenul de voință socială este cumva impropriu. Modificarea societății nu este o reflexie a voinței sociale, ci mai degrabă un atribut rezervat asociaților, părților actului constitutiv. Societatea, ca subiect de drept distinct nu este, în mod evident, parte în propriul act constitutiv şi nu participă propriu-zis la modificarea actului constitutiv. Din această perspectivă modalitățile de modificare a actelor constitutive îşi dezvăluie insolitul şi caracterul strict derogatoriu: deşi actele constitutive se încheie prin acord de voință, modificarea şi încetarea efectelor lor poate fi realizată în afara unanimității voințelor asociaților. Practic adunărilor generale ale asociaților au o dublă finalitate: cadru instituționalizat de formare a voinței societății ce trebuie exprimată în relațiile cu terții şi reprezentanții săi şi modalitate de exprimare a voințelor asociaților în vederea modificării cadrului statutar. A doua ipostază reprezintă cadrul care interesează pentru modificarea actului constitutiv, dincolo de regulile stricte de drept comun. Se poate afirma că în cazul al doilea adunarea generală, cea extraordinară, în privința modificărilor şi transformărilor societății, nu mai îndeplineşte rolul de formare a voinței sociale, ci pe acela de a recepta voințele asociaților care în condiții legale de excepție pot modifica actului constitutiv.

Modificarea actului constitutiv reprezintă un recurs la esența şi originea contractuală a societății. Nu putem accepta faptul că societatea acționează asupra sie însăşi, respectiv că voința socială formată în adunările generale extraordinare este izvorul juridic al modificării societății, ci modificarea actului constitutiv este tot rezultatul voinței asociaților/acționarilor, în respectarea principiului simetriei față de încheierea actelor juridice. Modalitatea de modificare a actului juridic este însă derogatorie de la dreptul comun. Asociații/acționarii societății păstrează, alături de drepturile lor speciale

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 231.

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

conferite de calitatea respectivă, dreptul de a modifica actele constitutive ale societății. Acest drept trebuie considerat separat de exercitarea drepturilor de vot și implicit de exprimarea voinței acționarilor în scopul formării voinței sociale distincte. Modificarea actelor constitutive transcende procesului formării voinței sociale. Asociații păstrează alături de drepturile lor societare născute odată cu persoana juridică – căreia i-au dat naștere, sau la care au aderat prin subscriere, sau le-au fost transmise prin cesiune – drepturile lor pur contractuale, de drept comun, relative la pactul societar, actul constitutiv. Într-o formă anterioară a legii societăților era reținut faptul că actul constitutiv poate fi modificat de asociați cu respectarea condițiilor de fond și de formă prevăzute pentru încheierea lui. În realitate acest principiu al simetriei este abandonat de legiuitor în punctul său esențial: unanimitatea de voință necesară încheierii actului constitutiv este înlocuită cu un principiu al majorității necunoscut materiei contractuale, dublat doar de garanții de constituire a unui cadru instituționalizat al adunării naționale.

531. Modalități de realizare. Legiuitorul enumeră în mod explicit modalitățile de realizare a modificării actului constitutiv. Modificarea actului constitutiv se realizează în mod voluntar, prin hotărâre a adunării generale extraordinare, iar în mod excepțional pe cale judiciară în cazul excluderii sau retragerii asociaților din societățile de persoane (art. 204 LS). Prin excepție, și în mod limitativ, competența modificării actului constitutiv poate fi realizată și prin decizie a organului administrativ, consiliului de administrație sau directorat, adoptată în temeiul delegării de competențe de la adunarea generală extraordinară.

În mod concret și ca efect al hotărârilor sau deciziile organelor societare, actului constitutiv se modifică printr-un înscris modificator, denumit în mod tradițional *act adițional* la actul constitutiv.

Modificarea actului constitutiv face recurs la esența contractuală a societății. Învelișul exterior, abstract și distinct al personalității juridice al societății nu este afectat de această operațiune.

În realizarea atribuțiilor de modificare a cadrului societar adunările generale extraordinare, cadrul de exprimare a voinței asociaților în privința actului constitutiv, nu aparțin atât instituțiilor societății și dreptului societar cât materiei contractuale a contractului de societate.

Fiind propriu materiei contractuale, cu observarea principiului simetriei, regula care va guverna modificarea actului constitutiv, a raportului juridic existent între cocontractanți, va fi regula unanimității consimțămintelor exprimate ale asociaților. Materia contractuală, de drept comun, nu cunoaște principiul majorității în nașterea, modificarea sau stingerea raporturilor juridice, indiferent de numărul părților contractante. Doar formarea voinței sociale este guvernată de principiul majorității. În acest context aplicarea acestei ultime reguli este de strictă interpretare, fiind permisă în cadrul și condițiile stricte prevăzute de lege.

Societățile de capitaluri, prin natura lor societăți care au abdicat de la caracterul *intuitu personae* al actelor constitutive, în scopul realizării optime a obiectului de activitate propus, armonizate și cu caracterul de valori mobiliare al titlurilor emise, sunt guvernate de principiul majorității, în reglementarea strictă a legii, în modificarea actelor constitutive.

Aplicarea acestui principiu derogatoriu este încorsetată de majorități de adoptare însoțite de drepturi specifice de retragere ale asociaților care atenuează abdicarea de la principiul unanimității voințelor asociaților.

532. Condiții de formă în privința actului modificator. Modificarea actelor constitutive urmează aceleași condiții de formă cerute pentru încheierea lor valabilă. Condițiile de formă edictate pentru actul modificator respectă principiului simetriei, respectiv actul constitutiv poate fi modificat cu respectarea aceloraşi condiții prevăzute pentru încheierea lui valabilă. Actul modificator al actului constitutiv îmbracă forma *înscrisului sub semnătura privată*. Prin excepție *forma autentică* a actului modificator este obligatorie în cazul majorării capitalului social prin subscripție publică (la societăți de capitaluri) sau prin aporturi în natură reprezentate de imobile precum şi în cazul modificării formei juridice a societății într-o societate cu răspundere nelimitată (societate în nume colectiv sau în comandită simplă). Cum actul constitutiv al societăților în nume colectiv sau în comandită simplă solicită forma autentică, orice act modificator al acestor societăți va îmbrăca aceeaşi formă autentică pentru a face corp comun cu actul constitutive inițial.

Legea obligă ca după fiecare modificare a actului constitutiv, reprezentanții societății să depună la registrul comerțului atât actul modificator cât şi varianta consolidată a actului constitutiv, actualizată cu toate modificările.

533. Condiții de fond. Condițiile de fond sunt proprii materiei contractuale. Actul modificator al actului constitutiv, prin natura sa contractuală, va respecta condițiile de validitate ale actelor juridice, capacitatea, consimțământul, obiectul şi cauza, toate specifice actului constitutiv[1].

Încheierea ca şi modificarea şi încetarea voluntară a raportului juridic trebuie să fie guvernată de aceleaşi instituții juridice. Exprimarea consimțământului, şi în ultimă instanță acordul de voințe propriu materiei contractule, capătă reglementări specifice în materia societăților cu personalitate juridică. Reglementarea exprimării consimțământului asociaților este diferențiată pe tipuri de societăți. Societățile de persoane şi societățile cu răspundere limitată (care au însă posibilități statutare de alăturare la societățile de capital) se situează în limitele principiilor contractuale. Societățile de capitaluri (şi societățile cu răspundere limitată când actul constitutiv prevede) renunța la exprimarea consimțământului tuturor asociaților în favoarea unor majorități calificate, într-un cadru instituționalizat.

534. Controlul autorității şi publicitatea. Ca şi în cazul constituirii societății modificarea acesteia urmează două etape distincte: *faza contractuală*, cu respectarea condițiilor de fond şi de formă specifice actului modificator şi *faza controlului autorității* realizat printr-o procedură jurisdicțională sau administrativ-jurisdicțională de verificare a conformității modificării şi realizare a cerințelor de publicitate a operațiunii. Rezoluția/încheierea de înregistrare a actului modificator şi operarea efectivă în registrul comerțului reprezintă momentul modificării legale a societății şi încheierea

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 233.

procedurii respective. Oficiul registrului comerțului se ocupă și de satisfacerea cerințelor de publicitate astfel încât va înainta din oficiu actul modificator înregistrat în registru și o notificare asupra depunerii textului actualizat al actului constitutiv către Regia Autonoma „Monitorul Oficial", spre a fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, pe cheltuiala societății [art. 204 alin. (5) LS]. Societățile de persoane sunt exonerate de aceste cerințe de publicitate astfel încât actul modificator al actului constitutiv al unei societăți în nume colectiv sau în comandită simplă, în formă autentică, se depune la oficiul registrului comerțului spre menționare, fără a fi obligatorie publicarea lui în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

535. Controlul de legalitate. Controlul autorității, concretizat în actele jurisdicționale (hotărâri, încheieri) sau administrativ-jurisdicționale (rezoluții), este supus căilor de atac acordate persoanelor interesate, în același mod ca și în cazul constituirii, al înmatriculării societății. Legea societăților conține apelul împotriva încheierilor judecătorului delegat la oficiul registrului comerțului (art. 60 LS), cale înlocuită în cea mai mare parte de plângerea împotriva rezoluțiilor directorului oficiului registrului comerțului (până la preluarea de către registratorii comerciali a atribuțiilor de înregistrare în registrul comerțului). Separat de această cale de atac, comună operațiunilor de la registrul comerțului, legea societară reglementează o cale specială conferită în materia modificărilor societăților cu personalitate juridică. Orice persoană interesată, cu referire specială la creditorii societății, poate formula *opoziție* împotriva hotărârilor statutare ale societății (hotărâri ale adunărilor asociaților sau decizii ale organelor administrative cu asemenea competențe) privitoare la modificarea actului constitutiv, având ca obiect repararea prejudiciului cauzat prin aceste acte (art. 61 LS). Termenul de formulare al opoziției este de 30 de zile de la data publicării hotărârii asociaților sau a actului adițional modificator în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Opoziția se depune și se menționează la oficiul registrului comerțului care o înaintează tribunalului de la sediul social. În prezent opoziția nu mai are un efect suspensiv de drept în privința modificării societății, suspendarea efectelor actului modificator având același regim judiciar ca și suspendarea hotărârilor statutare la cererea la cererea asociaților (art. 133 LS). Opoziția, în condițiile noului Cod de procedură civilă, este supusă doar apelului.

Secțiunea a 2-a. Condiții speciale impuse după tipurile de societăți

536. Preambul. Modificarea societăților nu este diferențiată doar după tipul de modificări societare, ci în primul rând după condițiile speciale de adoptare a actelor modificatoare. Dacă societățile de persoane nu ies din cadrul contractual și nu adaugă nimic materiei, societățile de capitaluri și societățile cu răspundere limitată înlocuiesc principiul acordului unanim de voință cu principiul majorității în modificarea actelor constitutive. Regulile de deliberare ale adunărilor generale au fost urmărite deja odată cu observarea funcționării societăților cu personalitate juridică. În această materie suntem interesați doar de o atribuție singulară a adunării generale extraordinare.

Subsecțiunea 1. Societățile de capitaluri

537. Adunarea generală extraordinară a acționarilor. Legiuitorul nu este preocupat de distincții între adunarea generală a acționarilor ca instrument de formare a voinței societare și, separat, de vas de colectare a voinței acționarilor, care nu dau o rezultantă socială, ci doar asigură cadrul legal de modificare a actului constitutiv în alte condiții decât cele de unanimitate, de drept comun. Distincția legiuitorului, în adunări generale ordinare și extraordinare, nu ține de natura voințelor implicate, ci de majorității cerute și implicit de o stratificare a atribuțiilor. Deși o distincție, începând chiar de la nivel semantic, există. Astfel, adunarea generală ordinară, prin esență cadrul de formare a voinței societare, este regula (art. 111 LS), întrunindu-se ori de câte ori este nevoie[1]. Este normal să fie așa față de nevoia, impredictibilă aprioric de exprimare a voinței sociale în diverse domenii de interes pentru societate sau de verificare a conformității acțiunilor administratorilor cu mandatul acordat de societate. Contrapusă acestei adunări ordinare, adunarea generală extraordinară are, și în concepția legiuitorului, un rol strict delimitat în privința atribuțiilor sale (art. 113 LS). Chiar formularea finală, „oricare altă hotărâre pentru care este cerută aprobarea adunării generale extraordinare", trebuie interpretată în sensul existenței unui temei legal sau al actului constitutiv care stabilește o asemenea atribuție[2].

Astfel de trimiteri există în legea societăților în privința convertirii acțiunilor din acțiuni la purtător în nominative și invers, dobândirea propriilor acțiuni ale societății, acte juridice de dispoziție ce privesc peste jumătate din activele societății, decizia în situația constatării de către administratori, ca urmare a unor pierderii, a reducerii activului net contabil sub jumătate din capitalul social, revocarea cenzorilor sau ridicarea dreptului de preemțiune al acționarilor. Sfera acestor atribuții ale adunării generale extraordinare este limitată. Atribuțiile adunărilor stabilite de legiuitor se apropie de distincția făcută, între voința societară și voința asociaților, dar nu se suprapun exact peste aceasta. Majoritatea atribuțiilor adunărilor extraordinare privesc modificarea actelor constitutive sau încetarea pactului societar și a societății ca persoană juridică (dizol-

---

[1] În același sens și *M. Șcheaua*, op. cit., p. 251. Doctrina mai reține un punct de vedere contrar, respectiv: „ori de câte ori trebuie adoptată o hotărâre privind o problemă care nu este prevăzută de lege ca fiind de competența uneia din cele două forme de adunare generală și nu rezultă din analizarea problemei că este legată de gestiunea curentă a societății, *se prezumă* că este de competența adunării generale extraordinare". Pentru argumentare, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 236.

Doctrina veche ajunsese la aceeași soluție, dar sub imperiul Codului comercial – unde soluția era explicită – care prevedea expres în art. 156: „Adunările extra-ordinare sunt convocate de câte ori va fi trebuință". În acest sens, a se vedea *I.N. Fințescu*, op. cit., vol. I, p. 258; *D.D. Gerota*, op. cit., p. 142; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 383.

[2] În sensul că atribuțiile stabilite de lege pentru adunarea generală ordinară au caracter imperativ și motivație, a se vedea *M. Șcheaua*, op. cit., p. 252. Analog pentru cea extraordinară – *D.D. Gerota*, op. cit., p. 142 – cu acceptarea poziției superioare a adunării extraordinare – *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 383 – cu precizarea că soluțiile aparțin reglementării Codului comercial. A se vedea și *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 236-237.

varea anticipată). Dar şi emisiunea de obligaţiuni şi alte atribuţii speciale enumerate care ţin exclusiv de exprimarea voinţei societăţii în legătură cu patrimoniul său.

Adunarea generală extraordinară a societăţii de capitaluri este organul statutar cu plenitudine de competenţă în privinţa tuturor modificărilor societare. Competenţa organelor administrative în domeniu este limitată şi conferită doar prin delegare de competenţe de la adunarea generală extraordinară, lucru care nu ştirbeşte nimic din competenţa adunării.

538. Principiul majorităţii, simple sau calificate, în modificarea actelor constitutive. Societăţile de capitaluri se caracterizează printr-un număr mare sau foarte mare de acţionari şi o legătură redusă între aceştia. Lipsa afinităţilor dintre acţionari, în prezenţa totuşi a elementului de *affectio societatis*, face ca principiul unanimităţii în modificarea contractului de societate să împiedece în fapt evoluţia ulterioară a societăţii. Mulţi dintre asociaţi, cu participări mici, sunt dezinteresaţi de a-şi exprima voinţa în privinţa problemelor curente sau excepţionale ale societăţii, datorită costurilor de participare mari de exemplu, urmărind doar încasarea dividendelor. Celeritatea şi nevoile comerţului au impus regula majorităţii atât în formarea voinţei societăţii pentru raporturile juridice încheiate cu terţii cât şi a modificării bazelor contractuale ale societăţii. Măsurile de siguranţă luate de legiuitor odată cu alegerea acestui principiu se referă instituirea unor majorităţi calificate pentru anumite modificări statutare importante şi reglementarea exactă, instituţionalizată, a cadrului de exprimare a voinţei asociaţilor. Majorităţile de adoptare, în adunarea generală extraordinară, a modificărilor societare sunt reprezentate de majorităţile legale proprii acestei adunări, *majoritatea drepturilor de vot* prezente sau reprezentate în adunare în condiţiile satisfacerii *cvorumului* de o pătrime din totalul drepturilor de vot la prima convocare şi o cincime din acestea la convocările următoare. Prin excepţie, modificarea obiectului principal de activitate al societăţii, reducerea sau majorarea capitalului social, schimbarea formei juridice precum şi fuziunea, divizare sau de dizolvare a societăţii necesită o *majoritate calificată* de cel puţin două treimi din drepturile de vot deţinute de acţionarii prezenţi sau reprezentaţi dacă actul constitutiv nu instituie majorităţi mai mari (art. 115 LS).

539. Consiliul de administraţie şi directoratul. Legea societăţilor a adoptat şi în legislaţia noastră posibilitatea delegării de atribuţii de la adunarea generală extraordinară la consiliul de administraţie în privinţa modificării societăţii (art. 114 LS), respectiv adunarea generală extraordinară sau dispoziţiile statutare pot delega consiliului de administraţie sau directoratului exerciţiul atribuţiilor privind anumite modificări statutare. Astfel, mutarea sediului, schimbarea obiectului de activitate, mai puţin a domeniului şi a activităţii principale şi majorarea capitalului social pot fi modificate prin decizie a consiliului de administraţie sau directoratului în baza *delegării de competenţe*. Prin esenţă o astfel de delegare este temporară şi revocabilă, adunarea generală păstrând plenitudinea de competenţă stabilită de lege. Mecanismul societar adoptat urmăreşte flexibilizarea evoluţiei societăţii, deoarece adunarea generală este un organism greoi în convocare şi deliberare, dar măreşte şi mai mult rolul consiliului de administraţie în funcţionarea societăţilor, cu tendinţa accentuată de a marginaliza rolul asociaţilor, ei rămânând doar să-şi aleagă periodic administratorii şi eventual să

pretindă verificarea periodică a conformității dintre mandatul acordat acestora și activitatea îndeplinită.

Doctrina a pus în discuție interpretarea normei legale de delegare care se referă la „exercițiul atribuțiilor" care face obiectul delegării. Chiar în această formulare nu credem că se poate accepta interpretarea că organul administrativ ar fi competent doar să aducă la îndeplinire hotărârile acționarilor, „atribuțiile" în sine rămânând în sarcina adunării generale. Interpretarea în acest fel a normei ar lăsa-o practic fără efecte, atât timp cât administratorii, în baza mandatului lor, sunt obligați să ducă la îndeplinire hotărârile adunărilor generale.

Din altă perspectivă modificarea actelor constitutive, chiar în condițiile de excepție ale majorităților de adoptare, este un apanaj al asociaților rezultat din esența contractuală a societății. Administratorii societății, în concepția legiuitorului, sunt mandatarii societății, persoană juridică distinctă. Față de acest mandat este greu de conceput că administratorii acționează și în calitate de mandatari ai asociaților pentru modificarea actelor constitutive prin delegația acordată, pentru modificarea mandantului lor inițial, societatea cu personalitate juridică. Sistemele de drept în care administratorii sunt prin definiție mandatari ai acționarilor pot suporta asemenea delegări în temeiul esenței mandatului lor. În sistemul societar român delegarea în cauză poate apărea contradictorie. În situația legiferată administratorii, mandatarii societății, capătă dreptul de a acționa și modifica mandantul însuși, societatea cu persoană juridică.

Decizia organului administrativ de modificare societară se ia conform regulilor de deliberare ale acestui organ colegial (consiliu sau directorat). Este necesară prezența a cel puțin jumătate din numărul membrilor pentru deliberări, în lipsa altor condiții prin actul constitutiv, iar deciziile se iau cu majoritatea membrilor prezenți (art. 153^{20} LS).

În privința competenței directorilor, în sistemul unitar, de a-și asuma la rândul lor, prin delegație de la consiliul de administrație, atribuții din cele în discuție, aceasta este exclusă explicit [art. 142 alin. (3) LS]. Caracterul de excepție al delegării de competențe de la adunarea generală la consiliul de administrație în materia modificărilor societare face ca aceste norme să fie de strictă interpretare.

În privința atribuțiilor ce pot fi delegate consiliului de administrație de către adunarea generală sau prin actul constitutiv, acestea sunt enumerate limitativ de norma juridică. Adunarea generală poate delega una, mai multe sau toate competențele permise de lege, în nici un caz însă și altele dintre competențele proprii[1]. Modificarea actului constitutiv, a contractului de societate, prin voința consiliului de administrație sau directoratului, diferită de voința administratorilor, prezintă un element de noutate în dreptul nostru. Acționarii, în cadrul adunării extraordinare și prin acțiunea principiului majorității transmit prerogativa lor de modificare a actului constitutiv unui alt organ colectiv al societății, consiliul de administrație sau directoratul. Prin efectul acestei delegări statutare și al legii, actul constitutiv poate fi modificat de consiliul de administrație sau directorat.

Delegarea de competențe în privința majorării capitalului social are o conformație normativă mai extinsă. Astfel, consiliul de administrație sau directoratul, poate fi autorizat temporar, pentru o perioadă de cel mult cinci ani, să majoreze capitalul social în

[1] A se vedea și *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 245.

mod limitat, până la o valoare determinată care nu poate depăși cu încă jumătate capitalul social existent la data delegării. Autorizarea poate fi dată statutar, de la înființarea societății, sau pe calea unei hotărâri a adunării generale extraordinare a acționarilor de modificare a actului constitutiv.

Subsecțiunea a 2-a. Societățile de persoane

540. Modificarea actelor constitutive în cazul societăților de persoane. Societățile de persoane, ancorate puternic în esența lor contractuală păstrează condițiile din dreptul comun în privința exprimării consimțământului asociaților. Dispozițiile legii societare fac referire, în privința formării voinței sociale a acestor societăți, la principiul majorității absolute a capitalului social. Principiul este înlăturat expres în privința modificării actului constitutiv. Indicarea în cazul societăților de persoane a principiului majorității absolute pentru unele deliberări nu e de natură a-l transforma într-un principiu imanent. Normele respective sunt excepții care circumscriu perimetrul strict de aplicare al acestui principiu în dauna unanimității voințelor asociaților.

Societățile de persoane, cu răspunderea nelimitată a asociaților pentru operațiunile societății, cu excepția asociaților comanditari în societățile în comandită, sunt cele mai apropiate de caracterul pur contractual al actului constitutiv. Personalitatea juridică a societății, creație a dreptului, nu reușește în cazul lor desprinderea și delimitarea totală de realitatea asociaților. Nici personalitatea și nici patrimoniul distinct nu sunt de natură a delimita total societatea de asociații săi. Societățile de persoane, fapt atestat de dezvoltarea dreptului societar, par o verigă inițială din dezvoltarea societăților cu personalitate juridică, cea mai aproape de contractul de societate originar. Consimțământul tuturor asociaților este necesar pentru modificarea valabilă a pactului societar. Legea comercială folosește terminologia unitară de „vot". Acest mod de exprimare a consimțământului este însă caracteristic cadrului instituționalizat al adunărilor generale care nu este propriu societăților de persoane. Modificarea actului constitutiv al acestor societăți urmărește strict regulile exprimării consimțământului în actele juridice multilaterale.

541. Societățile cu răspundere limitată. Și în cazul societății cu răspundere limitată legiuitorul a instituționalizat adunarea asociaților. Aceasta este cadrul în care se formează atât voința socială cât și cadrul în care asociații pot decide în privința actului constitutiv. Legea societăților reține vechea formulare în privința modificării actelor constitutive, respectiv „(...) este necesar votul tuturor asociaților" cu excepția expresă „când legea sau actul constitutiv prevede altfel" [art. 192 alin. (2) LS]. În acest mod societatea cu răspundere limitată își poate alege singură principiul de modificare statutar: strict contractual sau prin aplicarea majorității specifice societăților de capitaluri.

Secțiunea a 3-a. Modificări uzuale ale actului constitutiv

542. Introducere. Modificarea actelor constitutive poate privi orice clauză a acestora[1]. În timpul funcționării unei societăți, și ca urmare a factorilor ce acționează asupra acesteia, sunt inerente modificări privind unele din clauzele esențiale ale contractului de societate: durata de existență, asociații, forma juridică, denumirea, sediul, obiectul de activitate, capitalul social, părțile de valoare în care este împărțit, administratorii, cenzorii etc.

Legea comercială reține și reglementează în mod special câteva modificări particulare, privind durata societății, modificarea capitalului social (majorare sau reducere), cesiunea părților sociale etc.

Actul constitutiv este materializarea voinței asociaților, exprimată în perimetrul permis de normele de drept societar, act constitutiv care creează o persoană juridică aparte sub controlul autorității. Modificarea acestui act constitutiv trebuie realizată în perimetrul aceloraşi norme, respectând imperiul normelor imperative edictate de normele generale cât și specifice fiecărui tip de societate în parte. În mod practic modificările de acte constitutive pot avea un caracter complex, realizându-se în mod simultan mai multe modificări specifice: majorare de capital, noi asociați, schimbare de sediu etc. În mod necesar, schimbările complexe se vor supune tuturor normelor legale impuse pentru fiecare modificare în parte.

543. Durata societății. Durata societăților cu personalitate juridică este o clauză obligatorie în toate actele constitutive ale acestora. Societatea cu personalitate juridică are „avantajul", cel puțin teoretic, al unei durate nelimitate de viață. Voința asociaților ei, în condițiile legii, poate schimba durata inițială de existență a societății[2].

Durata societății și schimbările ulterioare în privința acesteia pot privi în mod direct creditorii personali ai asociaților. Legea societăților induce o nuanțare după tipul de societate cu personalitate juridică (art. 66 LS). Dacă în privința societăților de capitaluri, ale căror participații la capitalul social sunt titluri negociabile și prin esența liber transmisibile, creditorii își pot realiza creanțele în timpul funcționării societății, prin sechestrarea și executarea acțiunilor, în privința societăților de persoane, la care legiuitorul adaugă și societățile cu răspundere limitată, creditorii nu-și pot realiza în mod direct creanțele asupra părților sociale[3]. Caracterul *intuitu personae* al societăților de persoane intră în contradicție cu realizarea creanței unui creditor prin executarea directă sau indirectă asupra părților sociale. Atât timp cât cesiunea voluntară a acestor părți sociale este restricționată de legiuitor, nici înstrăinarea lor forțată, pe calea executării nu putea fi admisă. Titlurile negociabile au o valoare patrimonială, se află in patrimoniul asociaților, pe când părțile sociale, nenegociabile, certifică doar drepturi sociale.

---

[1] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 199.

[2] În privința perioadei când trebuie exprimată voința asociaților în sensul prelungirii duratei societății și a efectelor exprimării ulterioare a acestei voințe, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 439-440.

[3] În același sens, *O. Căpățână*, op. cit., p. 346.

Ceea ce legea societăților permite este doar poprirea, în timpul duratei societății de persoane, a părților ce s-ar cuveni asociaților prin lichidare, independent de urmărirea părții din beneficiu individualizată prin bilanț și repartizabilă asociatului[1]. Prelungirea duratei societății de persoane îndepărtează creditorii personali ai asociaților de momentul când pot executa partea cuvenită debitorului lor prin lichidarea societății ca urmare a expirării duratei societății. Pentru protejarea acestora legea instituie dreptul de *opoziție* (art. 62 LS) împotriva hotărârii statutare de prelungire a duratei societății peste termenul fixat inițial, dacă creditorii au drepturi consfințite printr-un titlu executoriu anterior hotărârii respective (art. 206 LS). Practic este o aplicare particulară a opoziției general reglementată pentru toate hotărârile statutare de modificare a societății de natură să prejudicieze terții. Efectul opoziției, în cazul în care creanța asupra asociatului nu a fost satisfăcută până la soluționarea ei, este renunțarea la prelungirea duratei societății sau excluderea din societate a asociatul debitor [art. 206 alin. (2) LS]. Acest remediu legal al opoziției confirmă faptul că opoziția nu este neapărat o acțiune în răspundere patrimonială („în pretenții"), repararea prejudiciului cauzat urmărit de opoziție trebuind înțeleasă în sens larg de remediu legal, nu în limitele răspunderii civile delictuale.

Scurtarea duratei societății nu este de natură să prejudicieze în vre-un fel drepturile creditorilor personali ai asociaților, pentru ei modificarea este chiar avantajoasă. Scurtarea duratei societății poate transcende exprimarea convențională a voinței asociaților în cazul unor cauze diferite, verificate judiciar (dizolvare judiciară).

Subsecțiunea 1. Majorarea de capital social

544. Modalități de realizare. Majorarea capitalului social determină modificarea actelor constitutive ale societății pentru reflectarea noilor aporturi ale asociaților și evidențierea titlurilor de participare noi eliberate în schimbul acestor aporturi[2]. Majorarea capitalului social comportă diferențieri după tipul aporturilor și modalitatea aleasă de realizare a operațiunii.

În privința aporturile asociaților la capitalul social îngrădirile legale aduse voinței asociaților în această materie sunt comune materiei constituirii societății (art. 16 LS). Restricțiile privind aporturile în creanțe și prestațiile în muncă care privesc societățile pe acțiuni, constituite prin subscripție publică sau în comandită pe acțiuni, și societățile cu răspundere limitată, respectiv cele generale ce privesc toate tipurile de societăți, incidente la constituirea societăților, rămân aplicabile oricărei majorări de capital ulterioare. Normele legale în cauză privesc în fapt oricare aport, fiind aplicabile și la constituirea și la modificarea societăților. Doctrina a văzut uneori în această lipsă de diferențiere o regulă fundamentală, alături de cerința actului adițional modificator în forma legală, a materiei majorărilor de capital[3].

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 139.

[2] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 203.

[3] *I. Băcanu*, Mărirea capitalului social al societăților comerciale, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 7.

Legea societăților reglementează în chip aparte majorările de capital social la societățile pe acțiuni unde recursul la vot majoritar este însoțit de garanții speciale. Acordul de voință necesar la societățile de persoane acordă garanții contractuale puternice asociaților care nu au nevoie de protecție suplimentară. Aporturile asociaților pot consta în numerar, aporturi în natură sau creanțe (cu nuanțările și interdicțiile specifice fiecărui tip de societate și sublinierea că acestea devin general interzise pentru societățile pe acțiuni).

Doctrina a individualizat, din punctul de vedere al sursei economice, o majorare de capital prin *finanțare externă*, în cazul noilor aporturi aduse de asociați sau terți și o majorare prin *autofinanțare*, reprezentată de celelalte metode de majorare a capitalului social[1]. Legea societăților indică aceste metode de autofinanțare: încorporarea rezervelor, cu excepția rezervelor legale sau a rezervelor rezultate din diferențele favorabile din reevaluarea patrimoniului, încorporarea beneficiilor sau a primelor de emisiune, precum și compensarea unor creanțe lichide si exigibile asupra societății cu acțiuni ale acesteia (art. 210 LS).

Modalitatea aleasă pentru majorarea capitalului social privește *emisiunea* de noi acțiuni sau *majorarea valorii nominale* a acțiunilor existente.

545. Majorarea capitalului social prin majorarea valorii nominale a acțiunilor/părților sociale. Majorarea valorii nominale a acțiunilor implică o obligație de aportare ce revine fiecărui asociat cu excepția cazului în care aceasta este realizată prin încorporarea rezervelor[2], profitului sau primelor de emisiune în capitalul social. Față de asumarea unor noi obligații, cu excepția cazurilor enumerate, pe lângă cele consimțite prin actul constitutiv, legiuitorul impune principiul unanimității pentru adoptarea unui asemenea modificări de act constitutiv [art. 210 alin. (4) LS]. Incidența unui asemenea principiu face ca acest mod de majorare al capitalului social să fie străin marilor societăți de capitaluri. Doar societățile de persoane, la care actul constitutiv își păstrează din caracterul *intuitu personae* al contractului de societate și au în general un număr mic de asociați, este de așteptat să apeleze la această modalitate de majorare a capitalului social, însă în cazul lor cerința unanimității este deja regula de adoptare.

546. Majorarea de capital prin emisiunea de noi acțiuni, distribuirea de noi părți sociale. Liberarea de noi acțiuni/părți sociale aferente majorării de capital social poate fi cu titlu gratuit, atunci când majorarea este o operațiune contabilă de transfer între conturile de pasiv ce relevă capitalurile proprii[3]. În mod curent se vorbește de *o emisiune de titluri cu titlu gratuit* însă aceasta are la bază unul din drepturile patrimoniale esențiale ale acționarului, dreptul asupra activului social. Noile acțiuni sunt eliberate în schimbul unor rezerve sau valori la care asociatul era îndreptățit prin posesia titlurilor. În mod real drepturile asociatului rămân în principiu la aceeași exprimare valoare, deoarece creșterea numărului titlurilor este însoțită de o scădere a valorii reale (contabile) a acestora. O astfel de majorare se poate realiza prin *încorporarea*

[1] *I. Băcanu*, op. cit., p. 13; *O. Căpățână*, op. cit., p. 357.

[2] Incorporarea rezervelor nu poate privi rezervele legale și nici rezervele constituite din diferențele favorabile rezultate din reevaluarea patrimoniului.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 479.

rezervelor societății[1], cu excepția celor legale și a celor provenite din diferențele favorabile din reevaluarea patrimoniului, a *primelor de emisiune sau a profitului rezultat* conform situațiilor financiare anuale aprobate de adunarea generală. În concluzie metoda respectivă de majorare a capitalului are doar aparența unei liberări gratuite de acțiuni/părți sociale, dar în esență este o operațiune simplificată de aportare a asociaților a obiectului unor drepturi asupra societății însăși, care nu puteau sau nu s-a dorit a fi individualizate și repartizate. Acționarii aleg să renunțe la anumite drepturi, virtuale, în schimbul distribuirii de acțiuni/părți sociale noi imediate și concrete. Efectul psihologic este unul important pentru acționari și are un rol de fidelizare[2]. Distribuirea de acțiuni gratuite se va face proporțional cu deținerile de titluri pentru a respecta principiul proporționalității și drepturile acționarilor asupra activului social. O asemenea distribuire are și un efect asupra creditului societății. Nedistribuirea rezervelor sau rezultatului exercițiului financiar păstrează aceste valori în patrimoniul social asigurând o garanție mai solidă pentru creditori[3].

În privința distribuirii de acțiuni în contul dividendelor individualizate prin situațiile financiare sunt necesare nuanțări. Dividendele sunt deja drepturi de creanță actuale asupra cărora nici societatea (nici organul său statutar, adunarea generală) nu mai pot dispune. Diferența față de încorporarea rezervelor sau a profitului este una de esență. Majorarea de capital social prin încorporarea dividendelor este posibilă doar cu acordul fiecărui acționar în parte (pe calea unanimității), deoarece acestea sunt drepturi actuale, câștigate, ale acționarului. Practic operațiunea este ocolită în această formă, deoarece individualizarea dividendelor obligă la plata impozitului aferent, separat de impozitul pe profit datorat de societate.

Din punct de vedere al dreptului comun distribuirea de acțiuni în contul dividendelor reprezintă un mod atipic de stingere a obligației de plată a societății reprezentată de dividende, prin altă prestație decât cea datorată (dare în plată), stingere care este posibilă doar cu acordul creditorului atât timp cât acesta este îndrituit la executarea exactă a obligației la care debitorul este ținut.

Distribuirea acțiuni gratuite, ca orice operațiune de majorare de capital, va privi în cazul societăților de capitaluri acționarii care au această calitate la momentul hotărârii de majorare de capital social (la *data de referință* a adunării generale pentru societățile necotate și la *data de înregistrare* pentru societățile cotate).

547. Majorarea capitalului social prin incorporarea de creanțe certe lichide și exigibile asupra societății. Interdicția aportorului în creanțe la societăților de capitaluri comportă o nuanță importantă. Ea se referă la cesiunea de creanță, la cedarea de creanțe asupra terților ca contraprestație în schimbul acțiunilor emise de societate. Această interdicție nu acoperă însă stingerea debitelor societății față de terți, inclusiv cele provenite din emiterea de obligațiuni (conversia obligațiunilor în acțiuni), prin distribuirea de acțiuni către aceștia. Și această majorare de capital social este una internă, este o

---

[1] Pentru analiza rezervelor societății și posibilitatea lor de încorporare în capitalul social, a se vedea și *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 693, 696; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 400-401.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 566.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 478.

operațiune contabilă între conturile societății. Nu există aporturi noi, ci o operațiune contabilă de compensare a datoriilor societății cu drepturile aferente acțiunilor emise în schimb.

Aportarea în sine, ca act juridic, reprezintă asumarea unei obligații față de societate. Este posibil ca și aportatorul să aibă o creanță certă, lichidă și exigibilă asupra societății astfel încât să opereze compensarea între părți. Dacă majorarea capitalului social se efectuează prin conversia datoriilor societății, operațiunea constă într-o încorporare în capital a pasivului extern, creditorii societății primind în compensație acțiuni ale societății în schimbul creanțelor[1].

Liberarea de acțiuni în schimbul creanțelor este realizată doar prin acordul de voințe al creditorului, pentru care operațiunea juridică are efectele unei dări în plată, stingere a obligației prin altă prestație decât cea la care debitorul s-a obligat, și a voințelor asociaților, în cadrul legal, de majorare a capitalului social și liberare a acțiunilor în schimbul creanței în cauză. Doctrina a discutat și natura juridică a acestei convertiri a datoriilor fiindcă dacă creanțele sunt calificate ca aporturi în natură este necesară evaluarea acestor aporturi. Situația este importantă și din punctul de vedere al societății, în vederea stabilirii numărului de acțiuni acordate în schimb, dar și din punctul de vedere al creditorului fiindcă în situația în care societatea are activul net negativ acesta poate fi prejudiciat[2]. În privința convertirii obligațiunilor, fracțiuni ale unui împrumut corporativ, în acțiuni, modalitățile de convertire sunt prevăzute în actul de emisiune a obligațiunilor.

548. Liberarea de acțiuni în schimbul unor aporturi noi ale asociaților/acționarilor. Aceasta este calea de majorare a capitalului social cu eficiență economică maximă ce asigură finanțarea societății. Aporturile pot fi realizate de asociați sau neasociați cu respectarea drepturile recunoscute acționarilor. În mod fundamental, majorarea capitalului social este un act de voință al asociaților, o redefinire a actului constitutiv. Simpla voință a unui terț sau a unui asociat de a aporta nu produce efecte juridice, în lipsă voinței asociaților exprimată în condițiile speciale ale fiecărui tip de societate și actului constitutiv particular. Normele privind majorarea de capital social cunosc nuanțări diferite în funcție tipul de societate la care se aplică.

549. Majorarea capitalului social prin noi aporturi la societățile de capitaluri. Legea societăților obligă la plata integrală a acțiunilor deja emise înainte de realizarea unei operațiuni de majorare a capitalului social [art. 92 alin. (3) LS]. Interdicția are ca obiect emisiunile anterioare subscrise și neeliberate total prin plată [art. 220 alin. (1) LS]. Reglementarea se înscrie în logica realității capitalului și a patrimoniului social[3]. Circulația acțiunilor se bazează pe o realitate patrimonială clară a emitentului. Dacă acțiunile subscrise nu sunt și achitate integral capitalul social oferă informații eronate despre situația societății. Tipurile generice de aporturi admise la societățile de capitaluri sunt aporturile în numerar și aporturile natură. Reglementarea legală este una concisă,

[1] *I. Băcanu*, op. cit., p. 362.
[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 476.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 689.

dar ambele tipuri de majorări cunosc o practică societară îndelungată atât sub vechiul Cod comercial cât şi de la edictarea legii societăților.

Subscrierea de acțiuni implică, într-un mod ce se diluează permanent ca semnificație, un act de voință, un acord de voință în privința aderării şi supunerii la dispozițiile actelor constitutive la societății, care în acest mod capătă o nouă parte contractantă.

Actul de voință în sine al noului acționar şi-a pierdut atât de mult în semnificație în societățile de acțiuni încât modificarea în sine a actului constitutiv este relevantă din punctul de vedere al noului capital social şi al acțiunilor emise, transmiterile ulterioare ale acțiunilor şi schimbările în acționariat ne mai fiind necesar a fi actualizate în actul constitutiv supus controlului autorității.

Evoluția societăților de capitaluri, creația cea mai evoluată şi depărtată de esența contractuală, lasă să se întrevadă un paradox. Deşi încă ancorată în voința acționarilor, care produc şi guvernează modificările actului constitutiv, persoana însăşi a acționarilor scapă rigorii actului constitutiv. Modificările repetate, posibile, în persoana acționarilor fac ca aceştia să nu apară explicit în actul constitutiv. Această lipsă este mai mult o adaptare la evoluția societăților şi înlăturare a cerințelor de formă prea împovărătoare pentru asociați, decât o abdicare de la caracterul contractual al societăților. De altfel de aici provine şi particularitatea acțiunilor ca titluri de comerț, valori mobiliare, care tind prin circulație să devină „complete şi formale", dar nu se pot desprinde de actul constitutiv care le guvernează. Tendința exprimată priveşte tocmai apropierea acțiunilor, valori mobiliare, de natura titlurilor de comerț în general.

Existența speciei societăților cotate face ca legiuitorul să trimită la materia *ofertelor publice* care pot fi folosite de acestea pentru majorarea de capital social.

550. Majorarea de capital social prin aporturi în numerar. Operațiunea este una benefică pentru societate. Societatea poate întâmpina dificultăți în accesarea creditelor bancare sau corporative astfel încât apelul la resursele propriilor acționari sau ale terților este cea mai la îndemână metodă de finanțare. Dezavantajele operațiunii pot ține de modificări în structura deținerilor în dauna vechilor acționari când aceştia nu subscriu sau dreptul lor de preferință este limitat sau înlăturat.

Specific majorării de capital social în numerar la societățile de capitaluri este dreptul preferențial de subscriere numit *drept de preferință*, cunoscut în domeniul societăților cotate şi ca drept de preemțiune[1].

Chiar dacă persoana însăşi a acționarilor nu mai joacă rolul din societățile de persoane, aportul lor şi cota din capital social sunt protejate în societățile de capitaluri. Legea societară instituie un drept de preferință, în persoana vechilor asociați, în privința

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 512. Natura juridică a dreptului de preferință (de opțiune la acea dată) poate fi de drept personal (de creanță), care poate fi cedat sau de drept social, caz în care acționarul nu poate face acest lucru. Calificarea este importantă la societățile necotate, pentru stabilirea facultății de transmitere liberă a acestui drept. În principiu dreptul este unul social, neputând fi transmis dincolo de prevedere statutară sau a hotărârii adunării generale de majorare de capital social. În cazul societăților cotate este recunoscut acestui drept calitatea de valoare mobiliară care poate fi cotată şi transmisă în mod individual pe o piață reglementată în perioada de exercitare a sa, stabilită de hotărârea adunării generale.

achiziționării noilor acțiuni emise de societate, în virtutea calității lor de acționari prezenți ai societății. Dreptul de subscriere preferențială a vechilor acționari are ca obiect un procent din acțiunile noi egal cu procentul din totalitatea acțiunilor societății deținut de acționar[1]. În acest mod drepturile de preferință ale tuturor acționarilor pot fi acomodate și coexista în mod neconflictual. La limită, dacă toți vechii acționari își exercită dreptul de subscriere preferențială a noilor acțiuni structura acționariatului (cotele de deținere din capitalul social) va rămâne neschimbată în urma operațiunii. Acesta este și scopul instituirii acestui drept. Exercitarea dreptului de preferință se realizează în termenul fixat de organul statutar (adunarea generala extraordinară sau de consiliul de administrație ori directorat) sau de actul constitutiv și nu poate fi mai mic de o lună de la data publicării hotărârii sau deciziei organului statutar în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Dreptul de preferință este un drept fundamental al acționarului în societățile pe acțiuni fiind considerat în esență intangibil, de ordine publică[2]. Doctrina și practica societară recunoaște și un drept de preferință de gradul doi constând în dreptul acționarul care și-a exercitat dreptul primar de preferință de a subscrie într-o a doua fază, tot proporțional, și acțiunile nesubscrise de ceilalți acționari. Acest drept nu este unul garantat legal trebuind a fi recunoscut prin hotărâre a adunării generale[3].

Prețul de emisiune al acțiunilor pentru acționarii prezenți ai societății este în mod obișnuit inferior celui pentru terți, în toate cazurile însă cel puțin egal cu valoarea nominală acțiunii. Diferența dintre prețul solicitat terților și valoarea nominală, *prima de emisiune*[4], este o „taxă" de intrare în societatea respectivă, colectată de aceasta în numele vechilor acționari. Ea practic egalizează drepturile acționarilor prin compensarea avantajului obținut de noii acționari de a beneficia de rezervele societății de care se bucurau deja, chiar dacă virtual, vechii acționari[5]. Din această cauză prima de emisiune trebuie să aibă un fundament economic, să fie justificată de existența unor asemenea rezerve statutare[6].

Punctul de referință, în timp, pentru existența în persoana acționarului a dreptului de preferință este *data de referință* (data de înregistrare pentru societățile cotate), stabilită pentru acționarii îndreptățiții să voteze modificarea de act constitutiv. Și în cazul emisiunii de acțiuni prin majorare de capital social legea societăților acceptă plata ulterioară a acțiunilor subscrise. Acțiunile emise în schimbul aporturilor în numerar și subscrise vor putea fi plătite, dacă hotărârea adunării generale de majorare de capital

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 467. Dreptul de preferință de prim grad este considerat ireductibil, în sensul că acționarul are dreptul de a subscrie exact cota sa matematică din acțiunile noi. Dreptul român nu conține o asemenea limitare dreptul de preferință putând fi exercitat în principiu de acționar asupra oricărui număr de acțiuni din acțiunile cuvenite, dar nu mai mult de cota sa maximă dată de participarea la capitalul social vechi.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 692. Legea română a societăților declară însă anulabilă hotărârea de majorare de capital de social care încalcă normele privind dreptul de preferință [art. 216 alin. (3) LS].

[3] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 457.

[4] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 239.

[5] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 466. Dreptul de intrare în societate compensează diferența dintre valoarea nominală și valoarea contabilă a acțiunilor.

[6] *Ph. Merle*, op. cit., p. 691.

social permite, loc în proporție de cel puțin 30% din valoarea lor nominală, iar restul vărsămintelor trebuie efectuate integral în cel mult trei ani de la data publicării hotărârii adunării generale extraordinare de majorare de capital social (art. 220 LS). Primele de emisiune, dacă există, se achită integral la data subscrierii.

551. Restrângerea sau suprimarea dreptului de preferință. Aceasta este o măsură excepție care aduce atingere drepturilor recunoscute vechilor acționari. Totuși anumite operațiuni, precum atragerea de noi investitori ca acționari sau chiar compensarea unei creanțe a unui terț cu acțiuni, nu pot fi realizate decât în condițiile suprimării dreptului de preferință al vechilor acționari. În mod ideal, interesul individual al acționarilor este sacrificat pentru interesul colectiv al societății[1] numai că legea societăților nu putea lăsa un subiect important să fie decis de principii astfel încât a reglementat atent limitarea sau ridicarea dreptului de preferință. Competența de limitare sau suprimare a dreptul de preferința al acționarilor aparține exclusiv adunării generale extraordinare a acționarilor (competența poate fi totuși și ea delegată nivelului administrativ odată cu competența majorării de capital social – art. 220[1] LS). Cerințele de prezență și deliberare pentru această chestiune sunt unele speciale chiar pentru adunarea în cauză. Hotărârea este valabil adoptată în prezenta acționarilor reprezentând trei pătrimi din capitalul social subscris, cu majoritatea voturilor acționarilor prezenți. Majoritatea este una simplă, dar raportarea se face la cel puțin trei pătrimi din capitalul social, cerința minimă de prezență.

Caracterul excepțional al măsurii face ca aceasta să fie justificată în fața acționarilor. Consiliul de administrație sau directoratul în sistemul dualist vor întocmi și prezenta acționarilor constituiți în adunarea generală un raport care explică motivele limitării sau ridicării dreptului de preferință[2].

Reglementarea ridicării dreptului de preferință cunoaște condiții și mai severe în cazul societăților cotate, inclusiv în privința impunerii obligativității *primei de acțiune* în acest caz, pentru protecția acționarilor. Legea societăților impune organului administrativ ca în raportul său către acționari să indice și modul de determinare a valorii de emisiune a acțiunilor (art. 217 LS). Acest calcul trebuie să indice practic calculul primei de emisiune. În lipsa unei prevederi exprese nu se poate totuși extrage obligativitatea unei prime de emisiune minime pentru această situație. Dacă drepturile acționarilor, și în special drepturile lor asupra rezervelor societare consistente, sunt vizibil încălcate de un preț de emisiune stabilit doar la valoarea nominală aceștia au la îndemână acțiunea în anularea hotărârii adunării generale pentru apărarea drepturilor lor. Chiar dacă valoarea sau obligativitatea primei de emisiune nu sunt expres reglementate, societatea se bucură de o libertate cenzurabilă în privința acesteia dacă

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 695.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 470. Omisiunea sau insuficiența motivării operațiunii atrage nulitatea operațiunii. Dreptul francez cunoaște un mecanism mai sigur al renunțării individuale a acționarilor la dreptul lor de preferință. Dreptul român nu are reglementată o asemenea opțiune însă atât timp cât sancțiunea legală este anulabilitatea hotărârii adunării generale, nu nulitatea absolută, nimic nu impietează la renunțarea acționarilor la dreptul lor. Tehnica este disponibilă doar societăților pe acțiuni mici, necotate, unde numărul redus de acționari permite în mod practic o asemenea opțiune.

hotărârile de majorare de capital social atentează la drepturile recunoscute acționarilor asupra rezervelor sociale[1].

552. Majorarea capitalului social cu aport în numerar prin subscripție publică și ofertă publică la societățile pe acțiuni. Procedura obișnuită a majorării de capital social prin aport în numerar la societățile pe acțiuni presupune oferirea acțiunilor nou emise spre subscriere acționarilor societății pentru exercitarea dreptului de preferință (eventual și a celui de gradul al doilea dacă este conferit statutar). Acțiunile nesubscrise de acționari pot fi anulate, dacă adunarea generală a acționarilor a hotărât acest lucru, majorarea fiind redimensionată în măsura subscrierilor, sau pot fi oferite în mod liber terților. Pentru această finalitate societatea prin reprezentanți a identificat deja un număr de investitori interesați de subscrierea acțiunilor. În lipsa existenței unei asemenea liste de investitori cooptați deja pentru subscriere societatea are ca ultimă posibilitatea oferirea acțiunilor nesubscrise către public, în mod nediferențiat. Apelarea la resursele financiare ale publicului investitor atrage însă un regim special de reglementare. Așa cum societatea pe acțiuni cunoaște procedura constituirii prin subscripție publică ea cunoaște în mod simetric și procedura *majorării de capital social prin subscripție publică*. În esență procedura este aceeași, implicând o oferire a acțiunilor emise de către societate către public. Finalitățile sunt diferite. Prima procedură țintește către constituirea societății pe acțiunii în urma constituirii capitalului social în timp ce a doua urmărește modificarea societății în urma majorării capitalului social cu valoarea acțiunilor emise. Subscripția publică cunoaște o dublare a controlului autorității pentru realizarea operațiunii, respectiv atât în privința prospectului de emisiune cât și, comun tuturor societăților, în privința actului modificator al societății. În baza hotărârii adunării generale extraordinare este întocmit un prospect de subscripție publică care conține toate datele privind societatea și emisiunea de acțiuni: datele de identificare ale societății (denumirea si sediul societății, numărul de înmatriculare in registrul comerțului), caracteristicile statutare ale acesteia (acțiunile deja emise, capitalul social subscris si vărsat, obligațiunile emise), prezentarea organului administrativ și de control (numele, prenumele și domiciliul administratorilor sau al membrilor directoratului si consiliului de supraveghere, al auditorilor și cenzorilor, datele financiare ale societății (ultima situație financiară aprobată, raportul cenzorilor sau raportul auditorilor financiari, dividendele plătite in ultimii 5 ani sau de la constituire), respectiv datele emisiunii identificate prin această hotărâre (valoarea totală a emisiunii, numărul, valoarea nominală, tipul acțiunilor și drepturile atașate, în special în privința dividendelor)[2]. Prospectul de subscripție publică este întocmit de societate în formă autentică prin intermediul a doi dintre membrii consiliului de administrație sau ai directoratului în cazul administrării dualiste, este supus verificării de legalitate a autorității (judecător delegat etc.) care autorizează menționarea în registrul comerțului și publicarea acestuia. Subscrierea acțiunilor se face pe unul din exemplarele prospectului, iar vărsămintele se realizează conform instrucțiunilor stabilite de prospect. În final organele statutare vor constata subscrierile realizate și vor proceda conform hotărârii adunării generale de

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 690.
[2] Art. 212 LS.

majorare de capital social: dacă majorarea de capital propusă nu este subscrisă integral, capitalul va fi majorat în cuantumul subscrierilor primite doar dacă condițiile de emisiune prevăd aceasta posibilitate, în caz contrar operațiunea va fi anulată.

Majorarea de capital social prin ofertă publică este specifică societăților cotate sau societăților care intenționează listarea la cota unei burse, subsecvent încheierii ofertei publice de vânzare (primară). Legea societăților trimite în această materie a societăților cotate la regulile aplicabile pieței de capital (art. 213 LS).

Legislația pieței de capital detaliază operațiunea prin legea cadru și regulamentele A.S.F. în domeniu[1]. Oferta publică de valori mobiliare mai cunoaște un nivel de control administrativ prin obligativitatea autorizării prospectului de ofertă publică de vânzare de către autoritatea administrativă anterior publicării anunțului de ofertă și publicării prospectului de ofertă publică (art. 173 și 183 din Legea nr. 297/2004). Acest document are un conținut minim prestabilit în satisfacerea drepturilor de informare ale investitorilor, mult mai largi decât cele din dreptul comun al societăților [art. 2-14 și Anexa nr. 24 din Regulamentul A.S.F. (C.N.V.M.) nr. 1/2006].

553. Majorarea de capital social cu aport în natură la societatea pe acțiuni. Aporturile în natură pot acoperi o gamă largă de bunuri necesare societății pentru desfășurarea activității, bunuri corporale, mobile sau imobile (terenuri, clădiri), dar și bunuri incorporale cu valoare patrimonială (drepturi intelectuale, titluri emise de alte societăți, fonduri de comerț). Majorarea de capital social cu aporturi în natură are o reglementară și mai eliptică decât cea cu aporturi în numerar, ridicând numeroase probleme de interpretare.

În privința existenței dreptului de preferință al acționarilor legea societăților reglementează acest drept pentru cazul general al emisiunii de noi acțiuni (art. 216 LS) care se realizează în schimbul de noi aporturi, în natură sau în numerar (art. 210 LS). Trebuie să admitem existența generală a dreptului de preferință la subscrierea acțiunilor emise în vederea majorării capitalului social, inclusiv în cazul aporturilor în natură[2].

Aporturile în natură ridică problema subscrierii acțiunilor și cea a evaluării aportului. Aportatorul trebuie să-și dea acordul pentru transferul dreptului său de proprietate (sau de folosință) asupra aportului în schimbul acțiunilor emise, practic să subscrie aceste acțiuni în condițiile de emisiune care implică aportul său în natură. Din perspectiva societății acordul pentru operațiune este dat prin hotărârea adunării generale extraordinare de majorare a capitalului social prin aport în natură împreună cu detalierea operațiunii: valoarea majorării de capital social, valoarea aportului, numărul de acțiuni atribuie pentru aport, valoarea lor de emisiune. Teoretic, dacă majorarea capitalului social se face prin aporturi în natură, adunarea generală care a hotărât aceasta va solicita oficiului registrului comerțului desemnarea unuia sau mai multor experți pentru evaluarea acestor aporturi. Succesiv realizării expertizei adunarea generală extraordinară, cu observarea evaluării astfel întocmite, dispune în privința majorării de capital

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 219-229.

[2] Reglementări anterioare, după modelul dreptului francez, suprimau explicit dreptul de preferință în cazul aporturilor în natura. A se vedea *Ph. Merle*, op. cit., p. 702; *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 475.

social indicând exact aporturile în natură, persoana aportatorilor şi numărul acţiunilor care se vor emite în schimb (art. 215 LS).

Procedura legală este una doar teoretică care nu funcţionează de fapt decât dacă aportatorul este acţionarul majoritar care controlează societatea. Cum de altfel se şi întâmplă în practică, cu fraudarea drepturilor celorlalţi acţionari. În cazul general, când societatea îşi apără corect interesele patrimoniale. procedura are nevoie de adaosuri substanţiale pentru a funcţiona.

Aportarea bunului în natură pe cale majorării capitalului social al unei societăţi are natura unui adevărat *contract de aport*, nedezvăluit însă de procedura legală. Terţul aportator are propria evaluare (cel puţin personală) a bunului şi propriile pretenţii în privinţa contractului de schimb preconizat: acţiuni în schimbul bunului său. Mai mult, terţul aportator va dori să negocieze contraprestaţia, numărul de acţiuni aşteptat pentru aportul său, pentru că aici sunt două valori greu de stabilit obiectiv: pe de o parte bunul de aportat asupra valorii căruia părţile trebuie să convină şi valoarea acţiunilor, de piaţă, nu nominală, care reprezintă bunul dat de societate în schimb. Din punct de vedere comercial este de aşteptat ca terţul să încheie cu reprezentanţii societăţii un *antecontract de aport* care obligă la aportare dacă adunarea generală prin hotărâre convine la un anumit număr de acţiuni emise pentru aport şi dacă terţul acceptă. Nu poate fi vorba de un contract de aport sub condiţia suspensivă a aprobării adunării generale fiindcă organul statutar nu este ţinut nici să aprobe şi nici să accepte o valoare anume pentru aport. Subsecvent încheierii antecontractului şi realizării evaluării legale a bunului adunarea generală rămâne să decidă în privinţa tuturor elementelor majorării de capital social. Adunarea nu este ţinută nici să aprobe majorarea, nici să accepte exact preţul din evaluarea administrativă. Practic în adunarea generală şi cu observarea raportului de evaluare are loc negocierea operaţiunii cu terţul fiindcă fără acordul său nu poate exista niciun aport[1].

Al doilea element important, dincolo de valoarea aportului, este valoarea de emisiune a acţiunilor societăţii în schimbul aportului în natură. Din nou legea nu obligă la stabilirea unei prime de emisiune însă emiterea la valoarea nominală poate avantaja noul (sau vechiul acţionar) aportator. În materia societăţilor cotate, pentru protecţia acţionarilor în astfel de operaţiuni, *prima de emisiune minimă este obligatorie*.

În lipsa primei de emisiune singura posibilitate de protecţie a acţionarului rămâne exercitarea dreptului de preferinţă. Din cauza acestui drept de preferinţă practic toate majorările de capital social cu aport în natură sunt de fapt mixte: societatea trebuie să emită şi un număr de acţiuni corespunzător, contra aporturilor în numerar, pentru satisfacerea drepturilor de preferinţă ale acţionarilor existenţi.

În cazul aportului realizat de către terţi ne-acţionari, pentru a putea fi cooptaţi în societate, dreptul de preferinţă trebuie ridicat sau limitat. În această situaţie acurateţea evaluării şi stabilirea corectă a valorilor de emisiune pentru acţiuni sunt absolut necesare pentru respectarea intereselor sociale şi ale acţionarilor.

Lipsa de reglementare şi potenţialul mare de fraudă fac din majorările de capital cu aporturi în natură operaţiuni cu grad mare de risc pentru acţionari. Societăţile cotate au

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 702.

o reglementare mult mai atentă atât a majorării de capital social cu aporturi în natură cât și a ridicării dreptului de preferință pentru acționari.

554. Majorarea de capital social la societățile de persoane. Majorarea de capital la societățile de persoane trebuie să se supună, față de caracterul *intuitu personae* al acestora, și prevederilor ce reglementează intrarea de noi asociați în societate, atunci când este cazul.

Practic majorarea de capital va trebui să se supună și regulilor dobândirii părților de interes de către terți atunci când aceasta se realizează prin aporturi ale unor persoane ce nu dețin calitatea de asociați. Protecția oferită asociaților de regulile strict contractuale care guvernează societatea de persoane face ca ne-necesară folosirea dreptului de preferință, de exemplu, în societățile respective. Majorarea de capital social, ca și orice modificare de act constitutiv, cu excepția eventuală a desemnării administratorilor când nu au fost numiți prin actul constitutiv, se va realiza pe baze strict contractuale, prin acord unanim de voință al asociaților, cu respectarea condițiilor de formă impuse de legea societară. Față de acest mod de modificare a actului constitutiv, asociații nu au nevoie de alt mijloc pentru a-și proteja deținerea sau a se apăra de orice modificare de natură a le leza interesele.

555. Majorarea de capital social la societățile cu răspundere limitată. Una din atribuțiile fundamentale ale adunării asociaților este de a modifica actul constitutiv. La societățile cu răspundere limitată acordului unanim de voință al asociaților în privința modificării actului constitutiv, specifică societăților de persoane, poate fi înlăturată prin dispoziție statutară [art. 192 alin. (2) LS].

Singura normă specială privind majorarea capitalului social la societățile cu răspundere limitată (art. 221 LS) prevede modalitățile de majorare (emisiunea de părți sociale noi sau majorarea valorii nominale a părții sociale) și sursele majorării (aporturi noi în numerar sau natură sau operațiuni contabile de incorporare sau compensare).

Majorarea de capital social la societățile cu răspundere limitată se va face în temeiul actului constitutiv, iar când acesta nu conține nici o normă, prin acord unanim de voință. Societățile cu răspundere limitată au o natură dual. Prin prevederile actului constitutiv se pot apropia de societățile de persoane, păstrând principiul de esența contractuală al unanimității sau se pot alătura societăților de capitaluri, abdicând de la acest principiu. Abdicarea însă de la principiul unanimității prin dispoziții statutare reduce protecția acordată vechilor asociați. O asemenea derogare statutară ar trebui însoțită de prevederi relativ la majorarea de capital social: majorități calificate de adoptare, drept de preferință pentru vechii asociați. Majoritatea calificată impusă legal pentru transmisiunea părților sociale către persoane din afara societății (art. 203 LS) trebuie admisă ca limită minimă decizională, statutară, în privința majorării capitalului social, cel puțin în situația în care nu este recunoscut un drept de preferință asociaților, iar părțile sociale sunt oferite terților. Regula în speță privește strict cesiunea părților sociale, rămânând aparent ca restul modificărilor de acte constitutive să se realizeze conform normelor proprii. Șablonul societății cu răspundere limitată este dezarticulat însă dacă atribuirea de noi părți sociale, prin majorări de capital social, poate fi realizată în mod liber către terți (dacă actul constitutiv derogă de la principiul unanimității).

Subsecțiunea a 2-a. Reducerea capitalului social

556. Natura și cauzele operațiunii. Reducerea capitalului social este o operațiune generată în principal de *pierderile survenite în activitatea curentă* a societății. Societățile prospere recurg în mod excepțional la această operație, în general motivat de incidente particulare precum *neefectuarea vărsămintelor* de către unii acționari sau exercitarea de către acționari a dreptului lor special și extraordinar de *retragere din societate*.

Legea societăților reglementează reducerea capitalului social în funcție de procedeul tehnic folosit (micșorarea numărului de acțiuni sau părți sociale; reducerea valorii nominale a acțiunilor sau a părților sociale sau dobândirea propriilor acțiuni, urmată de anularea lor) și de motivele operațiunii (reducere determinată de pierderi și reducere voluntară a capitalului social).

În mod legal reducerea capitalului social[1], ca expresie a voinței asociaților, poate interveni oricând, cu respectarea limitelor minime impuse capitalului social și cu respectarea drepturilor terților dobândite asupra patrimoniului social[2]. Societățile de capitaluri au reglementată mai atent situația reducerii capitalului social în urma pierderilor rezultate din activitate.

Simetric față de majorarea de capital social reducerea acestuia poate fi realizată prin micșorarea numărului de acțiuni sau părți sociale sau reducerea valorii nominale a acțiunilor sau a părților sociale (art. 207 LS). În cazul reducerii determinată de pierderi legea interzice, *per a contrario*, scutirea totală sau parțială a asociaților de vărsămintele datorate sau restituirea către acționari a unei cote-părți din aporturi proporțional cu reducerea capitalului social și calculată egal pentru fiecare titlu de participare la capitalul social[3].

În toate cazurile operațiune de reducere a capitalului social este de competența adunării generale extraordinare și trebuie *motivată* asociaților de către organele de administrare și control. O astfel de măsură nu poate aduce atingere egalității drepturilor asociaților, respectiv nu poate fi aplicată în mod discriminator față de asociați[4].

557. Reducerea numărului de acțiuni sau părți sociale. Modificarea actului constitutiv în vederea reducerii capitalului social suportă diferite nuanțări în funcție de tipul de societăți. În cazul societăților de persoane, micșorarea numărului de părți sociale poate fi o consecință legală a unei exprimări de voință, unanimă, a asociaților în sensul retragerii unuia dintre aceștia din societate sau rezultat al unei hotărâri judecătorești de excludere sau retragere a unui asociat, în condițiile legii. În cazurile amintite are loc o micșorare a numărului părților sociale, dacă asociații nu au hotărât

---

[1] În privința evenimentelor care pot genera reducerea de capital social, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 442.

[2] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 210.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 569. Dreptul francez cunoaște și operațiunea de amortizare a capitalului social. În acest caz are lor restituirea integrală sau parțială de către societate a aporturilor (valorii nominale a acțiunii) ca o anticipare a drepturilor cuvenite în caz de lichidare. Aceste plăți au ca sursă doar beneficiile sau rezervele distribuibile astfel încât nu aduc atingere capitalului social și nu se subscriu noțiunii de reducere a acestuia.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 709.

altfel. Societățile de capitaluri nu cunosc retragerea sau excluderea din societate, tipice societăților de persoane, totuși legiuitorul a instituit un drept de răscumpărare a acțiunilor lor, deși se vorbește impropriu tot de retragere, în cazul unor modificări esențiale, neaprobate de acționar, ale actului constitutiv. În acest caz retragerea va fi urmată de dobândirea de către societate a propriilor acțiuni, care are o reglementare proprie, putând fi urmată de reducerea de capital social prin micșorarea numărului de acțiuni dacă acționarii hotărăsc astfel. Și societățile cu răspundere limitată pot prevedea în actele constitutive un drept de retragere al asociatului, pentru că nu este de acord cu unele modificări ale acestuia.

Proprii societăților de capitaluri este și reducerea capitalului social prin micșorarea numărului de acțiuni ca urmare a neefectuării vărsămintelor datorate de acționari în termenele legale și în contul acțiunilor subscrise și neachitate.

Nu se poate admite o micșorare a numărului de acțiuni/părți sociale integral liberate decât proporțional cu reducerea in cauză, în lipsa voinței unanim exprimată a asociaților. În caz contrar s-ar ajunge la diminuarea neechitabilă a participărilor și excluderea, la limită, a asociaților în alte cazuri decât cele strict reglementate de lege. Cu atât mai mult practicile amintite nu sunt concordante cu natura societăților de capitaluri. Chiar și în condițiile reducerii proporționale a titlurilor deținute există posibilitatea eliminării din societate a acționarilor care nu au suficiente titluri. Alternativa pentru acționari ar fi de achiziționare de acțiuni astfel încât să-si păstreze calitatea de acționar, situație care transcende obligațiilor statutare ale acționarilor[1].

Dobândirea propriilor acțiuni de către societate urmată de anularea lor este o cale legală de reducere a capitalului social prin micșorarea numărului de acțiuni emise. În persoana societății are loc în fapt o compensare în condițiile legii între drepturile și obligațiile aferente acțiunilor. Operațiunea în sine, fiind o modificare de act constitutiv, trebuie adoptată în condițiile adunărilor generale extraordinare.

558. Reducerea valorii nominale a acțiunilor sau părților sociale. Legea societăților permite reducerea capitalului social prin restituirea către acționari a unei cote-părți din aporturi, proporțional, calculată egal pentru fiecare acțiune sau parte socială. Această operațiune se poate face prin micșorarea numărului de acțiuni sau, prin reducerea valorii nominale, nu mai jos de minimul legal. Reducerea convențională a capitalului social, atribuție a adunării generale extraordinare, rămâne să guverneze modalitățile fără reglementare strictă, respectând principiul reducerii proporționale pentru fiecare asociat.

559. Reducerea capitalului social cauzată de pierderi în activitate. Cauza tipică de reducere a capitalului social rămâne să fie reprezentată de pierderile înregistrate în activitatea societății. Deși nu capitalul social este practic cel care asigură garanția creditorilor, ci activul social, această valoare dă semnale despre dimensiunea societății. Când capitalul social devine vădit mai mare decât activul net social aceste semnale sunt de natură să inducă în eroare creditorii astfel încât legea instituie o redimensionare, în jos, a capitalului social, pentru a nu se depărta prea mult de realitate. În concret, în

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 710.

cazul scăderii, ca urmare a pierderilor, a activului net contabil sub jumătatea capitalului social, sau o valoare mai mare stabilită prin actul constitutiv, societatea este obligată să acționeze în sensul acomodării celor două valori (expresia capitalului social și activul net contabil). Acționarii pot decide *reconstituirea capitalului social*[1] sau redimensionarea statutară a acestuia prin *reducerea capitalului social* sau *dizolvarea* societății.

Proporționalitatea în reducerea fiecărui aport se menține în cazul reducerii capitalului social impusă de pierderi. Însă operațiunea de reducere este una contabilă, neurmată de restituiri sau scutiri de aport pentru acționari. Creditorii, ca și acționarii, nu sunt dezavantajați de operațiune, deoarece prin scăderea activului net valoarea reală a acțiunilor lor scăzuse sub valoarea nominală. În consecință scăderea numărului de acțiuni sau a valorii nominale nu urmărește decât o egalizare între cele două noțiuni, la nivelul real, mai scăzut. Pierderile induse de activitatea curentă necesită o refinanțare a societății pentru a se salva de spectrul iminent al insolvenței. Atragerea unui investitor interesat încă de societate se loveşte pe de o parte de dreptul de preferință al vechilor acționari în cazul majorării de capital social, dar și de inconvenientul subscrierii la valoarea minimă legală, valoarea nominală, atunci când valoarea contabilă este, datorită pierderilor, sub această valoare. Soluția legală este în *„tehnica acordeonului"*, respectiv societatea își reduce capitalul social, reducere determinată de pierderi, astfel încât valoarea nominală să reprezinte cel puțin valoarea contabilă a acțiunilor[2]. Subsecvent reducerii capitalului social se realizează o majorare a capitalului social cu aportul investitorului interesat de salvarea sau dezvoltarea societății. Folosirea tehnicii, independent de pierderile financiare, poate ridica problema valabilității operațiunii, respectiv reducerea de capital social doar în scopul excluderii de asociați este ilicită. Legea română facilitează totuși folosirea acestei tehnici prin înlăturarea principalului obstacol: limita capitalului social minim care trebuie respectată în cazul reducerii de capital social. În declarația legii, capitalul social al societăților de capitaluri poate fi redus sub minimul legal dacă valoarea sa este adusă la un nivel cel puțin egal cu minimul legal prin adoptarea unei hotărâri de majorare de capital în același timp cu hotărârea de reducere a capitalului [art. 10 alin. (2) LS]. Cu alte cuvinte operațiunile trebuie să fie simultane și în acest caz reducerea de capital social poate realizată, la limită, până la zero, cu înlăturarea tuturor acționarilor vechi ai societății.

Chiar în lipsa obligativității reducerii capitalului social datorată pierderilor, legea instituie interdicția oricărei distribuiri de profit către acționari până nu este acoperită orice micșorare (fără limită legală de această dată) constatată a activului net contabil, reîntregire realizată prin reducerea sau reîntregirea corespunzătoare a capitalului social (art. 69 LS).

560. Protecția drepturilor terților. Opoziția. Cu excepția societăților de persoane (pentru care valoarea capitalului social poate fi simbolică), capitalul social este perceput a indica „gajul general" al creditorilor în privința obligațiilor sociale. Patrimoniul social realizează de fapt acest lucru, dar reducerea capitalului social în mod voluntar

---

[1] În sensul că reconstituirea capitalului social nu reprezintă o simplă majorare, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 368.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 711. În cazul activului net negativ este posibilă chiar reducerea la zero a capitalului social, cu înlăturarea tuturor acționarilor vechi și a drepturilor lor societare.

presupune restituiri făcute acționarilor și implicit reducerea activului net social. Diminuarea capitalului social în timpul funcționării societății poate fi de natură să aducă atingere drepturilor creditorilor prin scăderea voluntară a patrimoniului social în dauna lor. Situația reducerii capitalului social ca urmare a pierderilor este diferită. Gajul general al creditorilor, latura activă a patrimoniului, nu este afectat cu nimic. Are loc doar o redimensionare contabilă a capitalului social care să reflecte, măcar în parte activul net social. Atingerea adusă drepturilor creditorilor există doar atunci când gajul lor general este diminuat prin restituiri către asociați sau scutirea totală sau parțială de vărsămintele datorate (în general în cazul reducerilor voluntare de capital social), situație exclusă la reducerea capitalului social ca urmare a pierderilor. Mai mult, reducerea capitalului social ca urmare a pierderilor este o obligație legală (alternativă) cu care nu pot interfera creditorii. În concluzie protecția legală conferită acestora și căile de atac nu sunt disponibile în cazul reducerii capitalului social determinată de pierderi în activitate[1].

Creditorii sociali au instituite modalități de protecție în cadrul procedurii reducerii de capital social. În acest context hotărârea de reducere a capitalului social nu poate fi executată decât după trecerea a două luni din ziua în care hotărârea a fost publicată în Monitorul Oficial, timp în care legiuitorul prevede expres posibilitatea exercitării de către creditori a căii *opoziției* reglementate de legea societară [art. 208 alin. (1) LS]. Creditorii care au deschisă calea opoziției sunt cei care posedă o creanță constatată printr-un titlu anterior publicării hotărârii privitoare la reducerea de capital social. Remediul legal oferit creditorilor este realizarea creanțelor lor scadente sau oferirea de garanții pentru cele nescadente. În mod excepțional opoziția *suspendă* realizarea operațiunii, respectiv efectele reducerii de capital social se pot produce doar după soluționarea definită a opoziției creditorilor. Soluțiile judiciare posibile sunt respingerea opoziției pentru *inadmisibilitate* (dacă creanța nu este anterioară publicării hotărârii, nu este certă și lichidă, operațiunea este determinată de pierderi din activitate) sau ca *netemeinicie* dacă societatea a oferit creditorilor garanții adecvate sau pur și simplu raportat la activul societății, garanțiile nu sunt necesare. Soluția poate fi de admitere și obligare a societății la *constituirea de garanții adecvate* pentru obligațiile nescadente (credem că poate declara chiar exigibilitatea anticipată a acestora). Opoziția poate fi stinsă imediat prin plata integrală a creanțelor sau înțelegerea părților. În mod explicit, reducerea capitalului social nu are efect și nu se fac plăți în beneficiul acționarilor până la soluționarea definitivă a opoziției creditorilor.

Tratamentul egal al creditorilor, obligatari sau neobligatari ai societății, este asigurat prin prevederea limitării posibilității de reducere a capitalului social prin restituiri făcute acționarilor, când societatea a emis obligațiuni, respectiv doar cu o proporție egală cu cea reprezentată de valoarea obligațiunilor rambursate din totalul acestora (art. 209 LS).

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 709.

Subsecțiunea a 3-a. Modificări în persoana asociaților

561. Preambul. Față de esența contractuală a societății, identitatea părților actului constitutiv, subiectele raportului juridic, are un caracter fundamental. Actul juridic constitutiv al societății este un act juridic multilateral, cu excepția notabilă a societății cu răspundere limitată cu asociat unic. Retragerea, excluderea sau înlocuirea din orice motiv a unei părți contractante nu este de natură să ducă la ineficiența juridică totală a actului. Legea societară asigură salvgardarea actului juridic și a persoanei juridice în sine chiar în cazuri în care voința celorlalți asociați nu este exprimată în sensul modificărilor în persoana celorlalți asociați.

În doctrina s-a exprimat punctul de vedere că „cesiunea de părți sociale către terțe persoane (autorizată de pactul societar) nu poate fi asimilată cu o modificare propriu-zisă a contractului de societate sau statutului" întrucât constă în materializarea unei posibilități prestabilită în contractul de societate, fără să-i schimbe conținutul, iar normele în materie nu se află în Titlul IV al Legii nr. 31/1990, singurul care guvernează modificările de acte constitutive[1].

Față de distanța la care se situează de originile lor contractuale, modificările în persoana asociaților sunt tratate diferit de normele specifice tipurilor de societăți cu personalitate juridică reglementate de lege.

562. Modificări în persoana acționarilor societăților de capitaluri. Dacă modificările în privința asociaților-acționari sunt realizate prin aportarea de terți a noi aporturi, aceste modificări intră în general sub incidența majorărilor de capital. În acest caz devin aplicabile normele privind dreptul de preferință al vechilor acționari sau suprimarea acestuia în condițiile legii. Actul aportării sau transmiterii acțiunilor nu este specific doar valorilor mobiliare, trebuie privit ca un act complex de drept societar care implică și o aderare, necondiționată, la actele constitutive societare. Față de caracterul complet și formal al acțiunilor ca titluri de comerț, dobândirea calității de acționar nu înseamnă o subrogare în drepturile și obligațiile altui acționar, ci un raport juridic de drept societar nou constituit, guvernat de actul constitutiv și legea societară.

Societățile de capitaluri nu permit, în principiu, pierderea calității de acționar decât în mod voluntar, prin transmiterea în condițiile legii a dreptului de proprietate asupra acțiunilor. Calitatea de acționar și drepturile aferente sunt intim legate de posesia legală a acțiunilor, titluri negociabile. În acest mod transmiterea acestora implică și modificări în persoana acționarilor, modificări care de cele mai multe ori nu se reflectă în actul constitutiv în sine, ci în modificări în registrul acționarilor societății. Oficiul registrului comerțului nu mai este depozitarul absolut al actului constitutiv în integralitatea mențiunilor lui. Transmiterea acțiunilor diferă după tipul acestora, nominative (materializate sau dematerializate, acțiunile nominative fiind regula în optica normativă prezentă) sau la purtător. Acțiunile la purtător, și calitatea de acționar, se transmit prin simpla tradițiune a acestora. Posesia acțiunilor în cauză demonstrează calitatea de acționar. Dreptul de proprietate asupra acțiunilor nominative materializate se transmite prin mențiune făcută în registrul acționarilor emitentului în temeiul declarației subscrisă de

[1] *O. Căpățână*, op. cit., p. 349.

cedent și de cesionar, sau de mandatarii lor, precum și prin mențiunea făcută pe acțiune. Dispozițiile comune titlurilor de credit ar fi impus doar mențiunea făcută pe acțiune, în forma cerută pentru gir. Acțiunile, ca specie de valori mobiliare, au însă reglementări specifice. Procedura de transmitere a dreptului de proprietate asupra acțiunilor conține atât mențiunea din registrul acționarilor societății cât și mențiunea făcută pe acțiune. În privința acțiunilor dematerializate dreptul de proprietate se transmite prin declarație a cedentului și cesionarului făcută în registrul acționarilor. În materia societăților cotate transferul dreptului de proprietatea asupra acțiunilor, aflate întotdeauna sub formă dematerializată, este reglementat neechivoc. De esența societăților de capitaluri este caracterul negociabil al acestor titluri. În lipsa unor prevederi exprese, asociații pot introduce restricții în privința transmisibilității acestor acțiuni, restricții care să apropie societatea în cauză mai mult de o societate de tip SRL. În concluzie, modificările în privința acționarilor societății pe acțiuni transcend de fapt modificărilor actelor constitutive. Transmiterea calității de acționar, prin transmiterea dreptului de proprietate asupra acțiunilor, grație regimului valorilor mobiliare, nu semnifică o modificare a societății pe acțiuni.

563. Retragerea acționarilor în cazul societăților de acțiuni, dreptul de răscumpărare al acțiunilor. Retragerea din societate nu este o instituție juridică specifică societăților de acțiuni. Calificarea ca titluri negociabile, valori mobiliare, a acțiunilor face ca acestea să fie neîngrădit transmisibile, iar acționarul să poată oricând renunța sau dobândi calitatea de acționar, fără concursul voinței celorlalți acționari. Normele speciale privind dreptul de retragere al acționarilor nu știrbesc cu nimic caracterul de valori mobiliare și circulația liberă a acțiunilor. Legea societară reglementează doar drepturi suplimentare ale acționarilor, importante în societățile necotate, acolo unde găsirea unui cumpărător se poate dovedi dificilă pentru acționari. În cazul societăților de capitaluri, elemente esențiale ale actului constitutiv pot fi modificate pe calea exprimării unei majorități, calificate, de voințe ale acționarilor, în condițiile legii, indiferent de voința restului acționarilor. Faptul în sine este un corolar al aplicării *principiului majorității*. Chiar dacă își exprimă voința în sens contrar, acționarii nu pot împiedeca modificarea legală a actului constitutiv. Recunoscând un caracter aparte unor elemente ale actului constitutiv, prin modificarea cărora este pusă la îndoială persistența în continuare a unui *affectio societatis*, legiuitorul conferă acționarilor care nu și-au exprimat consimțământul pentru modificarea acestora o protecție juridică prin recunoașterea unui *drept de retragere*. Elementele actului constitutiv protejate prin dreptul de retragere sunt, limitativ enumerate, schimbarea obiectului principal de activitate, mutarea sediului social în străinătate, forma societății și operațiunile de divizare sau fuziune. Dreptul de retragere al acționarului se naște odată cu exprimarea voinței contrară modificărilor în cadrul instituționalizat al adunării generale a acționarilor sau neparticiparea la vot. Exercitându-și dreptul de retragere, acționarul are dreptul la contravaloarea acțiunilor sale stabilită de un expert independent. Acționarul are la dispoziție și transmiterea de drept comun a acțiunilor, în condițiile legii și actului constitutiv sau a piețelor organizate pe care acțiunile se tranzacționează. În cazul lichidității reduse a acțiunii în piață, sau a lipsei de cumpărători în cazul acțiunilor societăților necotate, dreptul de retragere reglementat de lege devine important pentru

acționar. Acesta va uza de varianta cea mai potrivită pentru realizarea optimă a drepturilor sale. Debitoare a obligației de plată a contravalorii acțiunilor supuse retragerii este societatea pe acțiuni. În urma acestei operațiuni se poate proceda la reducerea capitalului social prin anularea acțiunilor răscumpărate sau la oferirea spre subscriere a acestor acțiuni respectând normele privind dobândirea de către societate a propriilor acțiuni.

564. Drepturi speciale de retragere în societățile cotate. Legislația privind piața de capital reglementează mai multe situații particulare care au ca efect pierderea calității de acționar, voluntară sau forțată, dincolo de tranzacționarea liberă a acțiunilor. În primul rând este reglementată *oferta publică de preluare obligatorie*. În cazul constituirii unei poziții de control sau majoritare acționarii respectivi sunt obligați să promoveze o ofertă publică de preluare obligatorie, la un preț minim determinat administrativ (art. 203 din Legea nr. 297/2004). Din punctul de vedere al acționarilor destinatari ai ofertei acesta este un adevărat *drept de retragere din societate*, al cărui debitor este însă acționarul care constituie poziția de control, nu societatea emitentă[1]. Dincolo de acest drept, o reglementare mult mai spectaculoasă pentru societățile pe acțiuni (cotate) este reprezentat de *dreptul de squeeze-out*, o adevărată cale de excludere din societate a acționarilor. Reglementarea este una specială și specifică pieței de capital. Subsecvent unei oferte publice de preluare încheiată în condiții speciale (ofertantul a dobândit acțiuni reprezentând cel puțin 95% din numărul totalul de acțiuni din capitalul social care conferă drept de vot și cel puțin 95% din drepturile de vot ce pot fi efectiv exercitate sau a achiziționat, în cadrul ofertei publice de cumpărare adresate tuturor acționarilor și pentru toate deținerile acestora, acțiuni reprezentând cel puțin 90% din numărul total de acțiuni din capitalul social care conferă drept de vot si cel puțin 90% din drepturile de vot vizate în cadrul ofertei) acționarul ofertant poate achiziționa forțat acțiunile încă deținute de acționarii care nu au subscris în oferta publică de cumpărare, la un preț echitabil (art. 206 din Legea nr. 297/2004). În mod corelativ legea reglementează o cumpărare forțată, *dreptul de sell-off*, acționarilor care nu au vândut acțiunile lor în cadrul unei oferte publice de preluare închisă în condiții speciale (aceleași ca mai sus), după trecerea termenului de valabilitate a ofertei[2]. Finalitățile acestor drepturi țin de constituirea unor supermajorități în cadrul societății emitente de natură să ofere un *drept de retragere special* acționarului. Și în acest caz debitorul obligației de răscumpărare este acționarul majoritar, nu societatea emitentă.

Aceste drepturi, specifice societăților cotate, sunt veritabile cazuri de excludere sau retragere generate însă de finalități care țin strict de specificul pieței de capital.

565. Modificări în privința asociaților la societățile de persoane și societatea cu răspundere limitată. În privința societăților de persoane identitatea asociatului este un element esențial al actului constitutiv[3]. Actul respectiv a fost încheiat luând în considerare persoana fiecărui asociat. Părțile de interes sau părțile sociale ale acestor societăți

---

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 236. Ofertele publice de preluare obligatorii își găsesc fundamentarea în Directiva 2004/25/CE privind ofertele publice de preluare.

[2] *C. Gheorghe*, Dreptul pieței de capital, op. cit., p. 245.

[3] *C. Gheorghe*, Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială, op. cit., p. 223.

sunt reprezentate de titluri prin esență ne-negociabile[1]. Cesiunea lor, modificarea actului constitutiv în sensul preluării drepturilor și obligațiilor aferente părților sociale, este puternic restricționată de legiuitor[2]. Pentru a se realiza cesiunea, aceasta trebuie să fie permisă de actul constitutiv. De principiu cesiunea se poate realiza prin voința unanimă a asociaților[3], regulă care guvernează modificarea actelor constitutive ale societăților de persoane. În privința întinderii răspunderii acționarului cedent, acesta rămâne obligat față de terți pentru operațiunile făcute de societate anterior cesiunii.

Societatea cu răspundere limitată face distincție între transmiterea părților sociale între asociați sau către terți. Transmiterea către asociați este permisă, dar transmiterea către terți este restricționată prin impunerea aprobării asociaților reprezentând cel puțin trei pătrimi din capitalul social.

566. Excluderea și retragerea asociaților societăților de persoane și cu răspundere limitată. Concepția legii societare, în concordanță cu teoria instituției în privința naturii societății cu personalitate juridică, precum și nevoia de salvgardare în unele cazuri a societății în interesul vieții economice a dat naștere unor imixtiuni în relațiile contractuale dintre părți. Actul constitutiv este guvernat atât de voința asociaților cât și izvorul legal al legii societăților. Orice parte poate solicita instanței constatarea ineficienței juridice totale sau parțiale a actului juridic, dar instanța nu se va putea substitui voinței asociaților. Doctrina a delimitat demult materia societară ca fiind una contractuală specială: într-o speță particulară instanța a constatat că obiectul cererii „vizează modificarea actelor constitutive și nu convenția obișnuită, căreia să-i fie aplicabile dispozițiile dreptului comun, astfel că pentru adoptarea acestei măsuri, este necesară hotărârea adunării generale, concretizată într-un act adițional (...)"[4]. Doctrina și jurisprudența a respectat constant manifestarea de voință a asociaților ca element primordial al modificărilor de acte constitutive atunci când ea se manifestă în interiorul legii și dispozițiilor actului constitutiv. Consecvent principiului enunțat, intervențiile legislative în imperiul voinței asociaților au fost strict reglementate. Simpla salvgardarea a ființei societății nu este de natură a viola un spațiu rezervat eminamente voinței asociaților. Incidența „dictatului judiciar" în perimetrul voinței acționarilor s-a concretizat în privința *excluderii* și *retragerii* asociaților în cazul societăților de persoane și a societății cu răspundere limitată. În aceste cazuri are loc o modificare a actelor constitutive,

---

[1] Deși părțile sociale nu sunt, în mod explicit, titluri negociabile, aceasta nu înseamnă că ele pot fi transmise doar la valoarea nominală. În cazul excluderii, care este o înstrăinare forțată, asociatul are dreptul la o valoare corespunzătoare dimensiunii reale a patrimoniului (raportată la valoarea activului net), nu la valoarea nominală a părții sociale. Cu atât mai mult în cazul unei înstrăinări voluntare, în limitele legii și actului constitutiv. În sens contrar, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 430.

[2] S-a susținut și existența unei obligații a asociatului de a nu ceda participarea sa (*D.D. Gerota*, op. cit., p. 93). Doctrina mai nouă recunoaște cesiunea părții sociale făcută cu consimțământul celorlalți asociați (*I. Turcu*, Dreptul afacerilor, op. cit., p. 137).

[3] Soluția se menține din doctrina veche, ca o aplicare a principiului unanimității, de esență contractuală (*I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 216).

[4] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 646/1999, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1999, Ed. Argessis, Curtea de Argeș, 2000, p. 397.

în lipsa unei exprimări de voință statutară a asociaților. Modificarea sau stingerea raporturilor juridice dintre asociați are loc în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive.

Modificarea judiciară a actului constitutiv este consfințită de lege, respectiv modificarea unei societății poate fi făcută prin hotărâre a organelor statutare sau prin hotărâre judecătorească definitivă, în cazurile strict reglementate.

Declararea legislativă a unei proceduri judiciare de excludere sau retragere ca modalitate de modificare a societății nu reprezintă în fapt un adaos legislativ și nici nu stabilește un mod distinct de modificare. Procedurile în cauză sunt excepții, de strictă interpretare. Interpretând ca limitative cele două ingerințe ale instanțelor de judecată în perimetrul voinței asociaților, legea societară nu face decât să reafirme caracterul prin esență volițional al modificărilor societăților.

567. Excluderea asociaților. Excluderea asociaților este o caracteristică a societăților de persoane[1] și cu răspundere limitată care constă în salvgardarea societății, în condițiile încălcării grave a obligațiilor legale și contractuale de către unul dintre asociați sau a intervenirii unor evenimente cu efecte juridice asupra unor asociați (incapacitate, faliment). Fiind o sancțiune civilă, o intervenție judiciară într-un raport juridic guvernat de actul constitutiv și lege, enumerarea cazurilor concrete de aplicare a acesteia este percepută a fi o enumerare limitativă. Pornind de la esența contractuală a societății doctrina[2] a cercetat natura juridică a excluderii din societate și caracterul limitativ sau enunțiativ al cauzelor de excludere.

Pactul societar, contract multilateral, dă naștere unui raport juridic complex al cărui conținut este reprezentat de drepturi și obligații ale fiecărui asociat față de toți ceilalți co-contractanți[3]. Fiind în esență o neîndeplinire culpabilă a obligațiilor contractuale, excluderea asociaților îmbracă natura juridică a rezoluțiunii[4]. Rezilierea implicată de excludere este una parțială fiindcă nu implică desființarea întregului pact societar, ci doar modificarea raportului juridic inițial prin limitarea la părțile contractante care nu sunt în culpă. Excluderea din societate are un caracter strict judiciar. Necesitatea intervenției judiciare este generată de imposibilitatea modificării voluntare a actului constitutiv în prezența principiului unanimității care guvernează societățile de persoane. În majoritatea situațiilor voința asociaților nu se poate întâlni pentru modificarea raportului juridic guvernat de actul constitutiv. În caz contrar ar fi incidența instituția juridică a retragerii[5].

---

[1] În sensul inadmisibilității acțiunii de excludere în cazul societății pe acțiuni, a se vedea C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 519 din 27 februarie 1997.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 219 și *St.D. Cărpenaru*, op. cit., p. 383.

[3] Pentru reprezentarea pactului societar ca dând naștere unui complex de raporturi juridice radiale, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 464.

[4] *C.C. Bălescu*, Curs de drept comercial, vol. I, București, 1946, *apud St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 464.

[5] În sensul că este excludere amiabilă, extrajudiciară, nu retragere, acceptarea de către asociat a cererii de excludere adresată de societate, indiferent dacă este întemeiată pe cauze legale sau contractuale, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 479.

Asociatul pus în întârziere în privința aportului la care s-a obligat, asociatul cu răspundere nelimitată în stare de faliment sau care a devenit incapabil, asociatul cu răspundere nelimitată care se amestecă fără drept în administrație, comite un abuz de bunuri sociale sau își încalcă obligația de neconcurentă față de societate, asociatul administrator care comite fraudă în dauna societății sau se serveşte de semnătura socială sau de capitalul social în folosul lui sau al altora, toți aceşti asociați pot fi excluşi din societate (art. 222 LS).

Doctrina a clasificat cauzele de excludere în cauze contractuale sau extracontractuale, cauze decurgând din conduita simplului asociat respectiv din conduita asociatului administrator, cauze anterioare, respectiv ulterioare înmatriculării societății[1]. În privința caracterului limitativ sau enunțiativ al cauzelor de excludere nu putem să nu observăm că legiuitorul s-a preocupat în mod expres de această situație identificând prin norme speciale cauze de excludere. Nimic nu împiedică însă asociații ca în mod aprioric, prin voința lor unanimă exprimată la constituirea societății sau cu ocazia modificării acesteia, să stabilească cauze exprese de excludere neprevăzute de lege, dar compatibile cu natura contractului de societate (aşa cum legea permite în mod expres în cazul dizolvării societății). Recunoaşterea unui caracter nelimitativ[2] al cauzelor legale de excludere are tradiție în doctrină. Totuşi promovarea unei acțiuni de drept comun, în rezoluțiunea contractului de societate, dincolo de cauze exprese legale sau contractuale de excludere ni se pare a transcende spiritul normelor cuprinse de secțiunea specială din legea societară. Instituția excluderii pe de o parte protejează asociații de „expulzări" abuzive, dar şi limitează intervenția judiciară în viața societară la constatarea unor cauze de excludere prestabilite, legale sau contractuale.

Jurisprudența s-a pronunțat constant în sensul fundamentării deciziei de excludere exclusiv pe motivele legale În afara acestor temeiuri, orice acțiune în excludere trebuie respinsă ca inadmisibilă[3]. Întemeierea unei cereri de excludere a unui asociat pe considerentul „că acesta nu a depus diligențe pentru realizarea scopului societății"[4] nu poate fi admisă.

Deşi legea societăților se referă la excluderea asociaților din societățile de persoane, cu aplicabilitate şi asupra asociaților comanditați din societatea în comandită pe acțiuni, sau cu răspundere limitată, motivele de excludere rămân a fi individualizate după întinderea răspunderii asociatului caracteristică tipului de societate în parte. Motivele de excludere aplicabile asociaților cu răspundere *nelimitată* se aplică, în mod aşteptat, exclusiv societăților de persoane, nu societății cu răspundere limitată.

568. Procedura excluderii şi efectele ei. Dreptul de a exercita acțiunea în excludere este acordat de legiuitor celorlalți acționari, care au o legitimitate contractuală în privința acestui drept, cât şi societății însăşi. În privința societății norma este greu de

---

[1] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 465-466.

[2] În acelaşi sens, *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 219. În sens contrar *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 383.

[3] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 2616/1997, în Dreptul nr. 6/1998; Cas., Secția a III-a, decizia nr. 138/1916, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 120.

[4] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 1/1997, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1997, op. cit., p. 413.

aplicat fiindcă un asemenea drept excede limitelor mandatului acordat reprezentanților, chiar într-o apreciere largă a acestuia. Cu atât mai mult este necesară o asemenea o voință socială exprimată când asociatul împotriva căruia se exercită acțiunea este administrator al societății. O asemenea voință socială nu se va putea forma, în mod evident, în interiorul principiului unanimității în lipsa consimțământului asociatului în culpă, care este de presupus că nu se va autoincrimina. Chiar atunci când nu exercită ea acțiunea în excludere, societatea va fi parte în cauză, în considerarea drepturilor de creanță asupra patrimoniului social pe care le poate pretinde asociatul (art. 223 LS).

Excluderea dintr-o societate, prin definiție judiciară, nu este de natură a aduce atingere drepturilor patrimoniale ale asociatului. Acesta are dreptul la o sumă de bani care reprezintă expresia valorică, proporțional cu deținerea sa, a părții din patrimoniul social care i se cuvine asociatului. În privința dreptului la beneficii, acestea trebuie întâi individualizate de asociați prin situațiile anuale. Legea societară lasă să se înțeleagă că dreptul la beneficii subzistă până în ziua excluderii, deci proporțional cu perioada cât a fost deținută calitatea de asociat [art. 224 alin. (1) LS]. O asemenea concepție, abandonată de fapt chiar și în privința transmiterii titlurilor la societățile de persoane, redeschide polemica în privința naturii juridice a dividendelor. În cazul naturii fructelor civile, acestea se culeg prin simplul fapt al curgerii timpului, concepție care se aliniază textului special din materia drepturilor acționarului exclus din societate [contrar art. 67 alin. (6) LS]. Asociatul exclus rămâne răspunzător, după tipul de societate din care a făcut parte, pentru operațiunile făcute de societate până la data rămânerii definitive a hotărârii de excludere.

Dreptul asociatului poartă numai asupra unei sume de bani, așa cum s-a pronunțat constant și jurisprudența[1], neputând aduce atingere realității patrimoniale materiale a societății. Instanța de judecată va dispune prin hotărârea de excludere și asupra structurii participării celorlalți asociați la capitalul social, respectiv va constata noua structură de capital social. Pentru respectarea cerințelor de publicitate hotărârea definitivă de excludere se depune, în termen de 15 zile, la oficiul registrului comerțului pentru a fi înscrisă în registru, iar dispozitivul hotărârii se publică, la cererea societății, în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Această hotărâre reprezintă temeiul modificării actului constitutiv în urma excluderii asociaților în culpă.

569. Retragerea asociaților. Asocierea persoanelor fizice și juridice în vederea efectuării unei activități economice, sub forma societăților cu personalitatea juridică, este situația premisă a legii societăților. Corelativ dreptului de asociere persoana fizică sau juridică poate renunța, se poate retrage din asociere. Această renunțare îmbracă în legea societară instituția retragerii din societate.

Retragerea din societate poate fi consensuală, fiind rezultatul acordului unanim de voință sau are un temei statutar sau, în ultima instanță, poate fi judiciară[2].

Retragerea din societate poate fi interpretată, față de natura contractuală a societății, din prisma unei denunțări a contractului. O denunțare unilaterală va produce efecte

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 350/1997, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1997, op. cit., p. 411.

[2] Doctrina reține o retragere unilaterală, convențională și judecătorească. *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 485.

doar în prezența unei clauze statutare (și in limitele ei), în caz contrar fiind necesar acordul unanim al contractanților-asociați (materializat într-o hotărâre a adunării asociaților). În lipsa acestor condiții retragerea nu poate fi decât judiciară[1]. Acest tip de încetare parțială a raportului juridic societar își are însă o consacrare legislativă.

Simpla exprimare de voință în sensul retragerii nu este de natură a produce efecte juridice. În lipsa unei clauze statutare sau unui acord de voință, retragerea din societate se poate face pe tărâmul unor *motive temeinice*, care urmează a fi apreciate de instanța de judecată (art. 226 LS).

Dacă în cazul dizolvării judiciare a societății legiuitorul explicitează exemplificativ noțiunea de *motive temeinice* „(...) precum neînțelegerile grave dintre asociați care împiedică funcționarea societății", în cazul retragerii judiciare a asociatului nu există o asemenea explicitare. Sfera motivelor nu pare limitată în nici un fel astfel încât instanțele de judecată au o libertate foarte mare de apreciere. Alături de natura contractuală, societatea este în sens larg o formă de asociere în care nimeni nu poate fi obligat să rămână dincolo de voința sa. Formularea aleasă de legiuitor este totuși discutabilă. Nu vedem cum instanța ar putea refuza dreptul asociatului de a renunța la asociere. Instanța trebuie doar să constate în drept și să dea posibilitatea modificării actelor constitutive în cazul când asociatul a părăsit sau urmează a părăsi *de facto* societatea. Prejudiciile suferite de societate rămân a fi cuantificate separat. *Affectio societatis* implică în cazul societăților de persoane folosirea tuturor abilităților și afinităților personale în scopul realizării în comun de activități economice. Astfel de acte nu sunt susceptibile a fi efectuate silit, astfel încât asociații nu pot pretinde decât despăgubiri, nu au calea obligării, silite, la respectarea acestui *affectio societatis*.

Ca și în cazul excluderii, procedura judiciară este necesară pentru salvgardarea societății. În lipsa elementului *affectio societatis* funcționarea societății este puternic obstrucționată. Ca și în cazul excluderii, drepturile patrimoniale ale asociatului asupra societății nu sunt atinse cu nimic de procedura judiciară a retragerii. Dispozițiile legale privind drepturile asociatului exclus sunt incidente și în această materie. Echivalentul valoric al părții asociatului se stabilește prin acordul părților, de un expert desemnat de aceștia sau de tribunal [art. 226 alin. (3) LS].

Instanțele au reținut constant „că drepturile patrimoniale ale asociatului retras din societate se calculează în raport de valoarea reală a activelor de la data retragerii"[2].

Subsecțiunea a 4-a. Alte modificări statutare

570. Domeniu de aplicare. Stabilind clauzele obligatorii ale actelor constitutive, pe tipurile de societăți, legea societăților indică de fapt și modificările uzuale ce pot surveni în privința societății. Aceste clauze, obligatorii, sunt supuse modificării prin voința asociaților atunci când evoluția societății solicită o asemenea intervenție în viața societară. Atât timp cât orice clauză din actul constitutiv poate fi supusă cenzurii

[1] S-a apreciat că, întocmai ca și excluderea, retragerea are natura juridică a rezilierii parțiale (deși ideea de culpă în executarea obligațiilor nu este proprie acestei instituții – *s.n.*). *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 486.

[2] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 4287/1998, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1999, op. cit., p. 310.

voinței asociaților, în limitele legii, modificările actelor constitutive pot fi la fel de numeroase, pentru a răspunde cerințelor asociaților[1].

571. Modificările privind sediul social, domeniul și obiectul principal de activitate. Voința asociaților se poate exprima în sensul realizării, în principal, a altor *activități economice* decât cele intenționate la constituirea societății. La rândul lor și *atributele de identificare* a societății pot face obiectul modificării actului constitutiv: denumirea, sediul sau emblema. Dintre acestea, modificarea sediului social, în străinătate, precum și modificarea obiectului principal de activitate se bucură de o atenție aparte din partea legiuitorului. În logica normativă acestea (alături de transformarea societății și operațiunile de restructurare) reprezintă reconfigurări fundamentale ale pactului societar care, fiind adoptate prin vot majoritar spre deosebire de încheierea actului constitutiv, dau dreptul acționarilor care nu sunt de acord cu ele părăsirea cadrului societar și recuperarea valorii a acțiunilor lor. Acționarul se poate retrage din societate și obține contravaloarea acțiunilor sale.

572. Modificările privind modul de distribuire a profitului, de suportare a pierderilor și a altor drepturi societare. Modul de *suportare a pierderilor* de către asociați nu poate transcende tiparului legal de societate ales. Nu se poate imagina o clauza eficientă juridic de limitare a răspunderii asociatului în societățile de persoane. După cum și o clauză de agravare a răspunderii în societățile cu răspundere limitată transformă acea societate în societate de persoane. Garantarea unor obligații ale societăților de capitaluri de persoana unui acționar nu este de natură a schimba actul constitutiv în sine, înscriindu-se în libertatea contractuală. Garanția este una personală și particulară, nu va impieta cu nimic asupra regimului de titluri negociabile al acțiunilor.

Modul de *împărțire a profitului* este o clauză importantă a actului constitutiv. De principiu fiecare parte socială sau acțiune acordă posesorilor drepturi egale. Regula repartizării profitului proporțional cu părțile sociale sau acțiunile deținute este respectată de actele constitutive. Societățile de persoane nu prevăd un principiu strict al proporționalității între părțile deținute și partea din profit și pierderi aferentă. Nimic nu contravine unei împărțiri voluntare diferite, între asociați, a profitului și pierderilor atât timp cât prevederea nu tinde spre o exonerarea totală de suportarea pierderilor sau o atribuire integrală a beneficiilor repartizabile ale societății (*clauză leonină*). Voința asociaților are un tărâm de exprimare larg în acest domeniu. La aceste societăți asociații se pot obliga la prestații în muncă, care, neputând constitui aport la formarea sau majorarea capitalului social, pot da însă naștere la un drept statutar asupra unei părți din profit, rămânând obligați totodată și la pierderi.

Societățile de capitaluri sunt supuse *principiului proporționalității*, în privința acțiunilor din aceeași clasă. În mod declarat, acțiunile trebuie să fie de o valoare egală și să acorde drepturi egale posesorilor. Legiuitorul definește *acțiunile preferențiale*, cu dividend prioritar, fără drept de vot. Acestea alcătuiesc o clasă diferită de acțiuni, fiind guvernate de actul constitutiv în privința emiterii, a dreptului de răscumpărare și conversiei dintr-o categorie în alta.

---

[1] A se vedea *I. Turcu*, Dreptul afacerilor, op. cit., p. 199-220.

Toate aceste elemente care țin de drepturile conferite asociaților pot fi convenite de aceştia la constituirea societății, dar şi în timpul funcționării acesteia. Trecerea de la acordul de voință specific constituirii societății la principiul unanimității, specific societăților de capitaluri, induce totuşi unele nuanțe în privința redimensionării drepturilor conferite posesorilor de titluri societare. Alterarea calității acestora, amputarea anumitor drepturi, redimensionarea altora, nu poate fi realizată în mod discreționar. În măsura în care există privilegii sau avantaje statutare asociații nu pot dispune în privința acestora fără acceptul asociatului în cauză. Majoritățile, ca mecanisme decizionale, sunt instituite pentru realizarea facilă a unei voințe sociale, nu pentru instituirea unui dictat al majorității. Prin vot majoritar acționarii nu pot deposeda de drepturi pe alți acționari, pe calea modificării actelor constitutive. Principiul majorității ar fi deturnat într-un *abuz de majoritate* sancționabil de acționarii discriminați. Limitele modificărilor statutare în privința drepturilor acționarilor nu sunt date doar de şablonul societar respectiv, dar şi de echitatea contractuală şi principiile generale societare. Dispozițiile în privința drepturilor altuia nu pot produce niciun efect în lipsa acordului acestuia, chiar dacă în principiu, în domeniul societar hotărârile legal adoptate sunt obligatorii pentru toți acționarii, inclusiv pentru cei care au votat împotriva acestora.

573. Modificările privind gestiunea şi administrarea societății, controlul şi funcționarea societății. Deşi au o reglementare legală extinsă şi imperativă, funcționarea, administrarea şi controlul societății pot fi completate cu dispozițiile părților, odată cu constituirea societății sau în timpul funcționării acesteia. Sistemele de administrare, dualist sau unitar, în parte şi configurația organului de control (acolo unde auditul financiar este obligatoriu societatea poate renunța la instituția cenzorilor sau o poate păstra, alături de auditori) sunt supuse modificărilor societare în funcție de alegerea acționarilor exprimată în adunarea generală extraordinară. Dincolo de sistemul de administrare ales, acționarii pot dispune în privința dimensiunii organului administrativ (numărul de administratori, directori, membrii ai directoratului etc.) şi funcționarea acestuia. Dezvoltarea societății şi nevoi sporite de supraveghere şi îndrumare poate impune reproiectarea organelor societății în timpul funcționării acesteia, pentru a răspunde noilor situații. Şi procesul complementar este posibil, respectiv societatea poate considera ne-economică şi inutilă păstrarea unui organ administrativ colegial de dimensiuni mari şi poate modifica actele constitutive în vederea reducerii numărului de membri (administrator unic sau trei administratori în cazul delegării de competențe, director unic, membru unic al directoratului în cazul sistemului dualist). Legea societară conferă un domeniu destul de larg în care acționarii să-şi proiecteze sau modifice societatea în interiorul fiecărui şablon societar.

Alegerea membrilor organului administrativ şi de control nu induce, ca regulă, modificarea actelor constitutive. Legea societăților impune identificarea persoanelor organelor administrative (consiliu de administrație, respectiv consiliu de supraveghere şi directorat) prin redactarea şi încheierea actului constitutiv. Practic persoana acestora este o prevedere importantă a actului constitutiv inițial. Fiind o clauză obligatorie a tuturor actelor constitutive, orice schimbare în persoana acestora ar trebui reflectată în cuprinsul actului constitutiv. Legea societăților absolvă însă societatea de modificarea formală a actului constitutiv ori de câte ori componența organului administrativ sau de

control este schimbată. Fiind vorba de o schimbare, ca regulă *ad nutum*, fluctuația în componența acestor organe poate fi destul de mare, iar povara administrativă pentru societăți, cu fiecare modificare de act constitutiv, se poate dovedi și ea semnificativă. În viziunea legii reprezentanții societății sunt supuși *înregistrării* și *publicității* în registrul comerțului separat de actul constitutiv în sine, astfel încât modificarea în privința lor este una separată de modificarea actului constitutiv în sine.

Reprezentanții societății sunt ținuți să depună la oficiul registrului comerțului semnăturile lor la momentul constituirii societății sau în termen de 15 zile de la alegere dacă au fost aleși în timpul funcționarii societății (art. 45 LS).

În timpul funcționării societății organul administrativ colegial se va îngriji de înregistrarea în registrul comerțului și publicarea acestor date în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a a noilor membri (art. 153^{19} LS). Astfel, consiliul de administrație va înregistra la oficiul registrului comerțului directorii numiți de aceștia în baza delegării de competențe, după cum va înregistra și orice schimbare în persoana administratorilor sau directorilor. În sistemul dualist directoratul se va îngriji de înregistrarea oricărei schimbări în persoana membrilor directoratului sau a membrilor consiliului de supraveghere.

În privința cenzorilor și auditorilor, consiliul de administrație, respectiv directoratul în sistem dualist, are obligația înregistrării la registrul comerțului a oricărei schimbări a cenzorilor sau a auditorilor financiari (art. 160^{1} LS).

Posesorii noilor mandate eligibile în societatea cu personalitate juridică sunt supuși unui sistem de înregistrare separat în registrul comerțului care face inutilă modificarea efectivă a actului constitutiv. Fișierul societății ținut de registrul comerțului conține datele la zi despre reprezentanții societății și membrii celorlalte organe astfel încât scopurile de informare completă a terților sunt întotdeauna realizate.

Doctrina cunoaște și aprecierea în sensul că fiind o prevedere a actului constitutiv, schimbarea persoanei administratorilor[1] și cenzorilor implică modificarea actului constitutiv, în condițiile specifice ale fiecărui tip de societate[2].

Chiar dacă regimul legal nu obligă la modificarea actului constitutiv pentru fiecare schimbare în persoana membrilor reprezentativi ai societății acționarii, prin voința lor, pot proceda la o asemenea operațiune. În mod voluntar și fără a fi ținuți de o obligație legală, acționarii pot decide modificarea actelor constitutive astfel încât persoana administratorilor, membrilor celorlalte organe statutare să fie identificată în actul constitutiv actualizat. În mod legal atribuția alegerii și revocării administratorilor aparține adunării generale ordinare a acționarilor. Modificarea actului constitutiv, facultativă, va urma regimul propriu de adoptare, respectiv hotărârea adunării generale extraordinare. În toate cazurile obligațiile de înregistrare separată la registrul comerțului a persoanei reprezentanților, cenzorilor, auditorilor etc. rămân aplicabile.

---

[1] În sensul că revocarea administratorilor numiți prin actul constitutiv înseamnă o modificare de act constitutiv, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 316. A se vedea și *M. Șcheaua*, op. cit., p. 306.

[2] În privința imposibilității revocării administratorului – asociat în societățile cu răspundere limitată ce funcționează pe principiul unanimității împreună cu soluții de drept comparat: *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 424.

574. Modificarea actelor constitutive în privința formării voinței sociale și a exprimării consimțământului asociaților asupra modificării actului constitutiv. Exemplificările și dezvoltările privind modificările actelor constitutive în legislația societară sunt departe de a epuiza materia în cauză. Una din prevederile deosebite susceptibile de modificare în limitele legii priveşte condițiile de formare a voinței sociale, din perspectiva derogării de la principiului unanimității, a aplicării principiului majorității, iar în cadrul acestuia a aplicării majorităților calificate. Normele privind crearea cadrului instituționalizat de exprimare a acționarilor, acolo unde acesta există, și formare a voinței sociale, sunt norme imperative. Cerințele de publicitate, cvorumul minim în adunare și majoritatea minimă cerută pentru realizarea voinței sociale sau modificarea actului constitutiv nu pot constitui obiect al modificărilor actului constitutiv. Intervenția asociaților este permisă însă pentru a reface, măcar în parte, traseul pe care s-a distanțat societatea în cauză de natura pur contractuală a societății. Acolo unde legiuitorul a impus un cvorum sau o majoritate de adoptare, asociații pot prevedea una calificată, tinzând spre unanimitatea contractuală inițială. Chiar și aici legea societară introduce limitări. Reformularea totală a cerințelor de prezență și decizie în adunările generale, prin modificarea legii societăților, a urmărit evitarea blocajelor decizionale, sancționarea absenteismului și indiferenței acționarilor. Pentru a proteja aceste finalități ale reglementării legea restricționează dreptul acționarilor de a crea un cadru statutar mai rigid. Astfel, pentru validitatea deliberărilor adunării generale ordinare cerința de cvorum este de o pătrime din numărul total de drepturi de vot pentru prima convocare și lipseşte pentru a doua convocare, adunarea fiind legal constituită indiferent de cvorumul întrunit, iar condiția de adoptare a hotărârilor este reprezentată de majoritatea (simplă) a voturilor exprimate, în toate situațiile. În mod expres actul constitutiv poate prevedea cerințe mai ridicate de cvorum și majoritate pentru prima convocare însă legea interzice prevederea un cvorum minim sau o majoritate mai ridicată pentru a doua convocare a adunării generale ordinare [art. 112 alin. (2) LS]. Rămâne ca orice modificare statură în domeniu să respecte această normă imperativă și să intervină doar în privința constituirii și deliberării adunării generale ordinare la prima convocare. Interdicția de acest tip este singulară fiindcă în privința adunării generale extraordinare actul constitutiv poate edicta în mod liber cerințe de cvorum și majorități de adoptare mai ridicate decât cele legale (art. 115 LS).

În concluzie, ca regulă, acționarii, cu riscul îngreunării procesului decizional, pot apropia societatea pe acțiuni de societatea de persoane în privința unanimității decizionale, iar ceea ce nu pot face este o distanțare mai mare de principiul unanimității decât cea îngăduită de legiuitor[1]. În concluzie, cvorumul și majoritățile prevăzute de lege pentru adunarea generală extraordinară sunt minimale, fără putință pentru acționari să prevadă un cvorum mai mic decât o pătrime la prima convocare, respectiv o cincime la convocările ulterioare, respectiv o majoritate pentru deliberare inferioară majorității

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 384-399; *D.D. Gerota*, op. cit., p. 143; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 241-243.

simple (este posibilă majoritatea relativă, inferioară majorității simple) [art. 115 alin. (3) LS][1].

Legea societăților nu recunoaşte majoritățile relative (preponderența voturilor „pentru" asupra celor „împotrivă", fără a atinge însă vreunele majoritatea simplă de jumătate plus un vot dintre voturile exprimate)[2] şi nici actele constitutive nu le pot adopta. Majoritatea legală de adoptare a unei hotărâri nu este dată de preponderența voturilor, ci de raportarea voturilor exprimate la capitalul, numărul de voturi, reprezentat în adunare.

Secțiunea a 4-a. Transformarea societății

575. Transformarea societății cu personalitate juridică. Transformarea societății reprezintă dreptul asociaților de a opta pentru o altă formă de societate dintre cele cinci tipare predefinite de legiuitor în legea societăților: societatea în nume colectiv, în comandită simplă sau pe acțiuni, societatea pe acțiuni şi societatea cu răspundere limitată. Schimbarea formei societății nu este interzisă asociaților în timpul funcționării societății cu personalitate juridică. Acest caracter esențial al societății poate fi modificat pe calea transformării societății[3]. În mod tradițional transformarea se referă la adoptarea pentru societate a unei forme noi în condițiile menținerii neschimbate a personalității juridice[4].

Legea societăților a legiferat concluzia la care ajunsese în cvasitotalitate şi doctrina comercială[5], respectiv că transformarea societății nu atrage crearea unei persoane juridice noi (art. 205 LS)[6]. Această concluzie nu absolvă însă asociații de respectarea condițiilor specifice fiecărei societăți în parte. Exprimarea voinței asociaților pentru alegerea unui tip de societate se poate face doar în totalitate, pentru un tipar predefinit legal, fără posibilitatea acționarilor de-a crea un nou tip folosind elementele predefinite pentru fiecare. Se vor respecta condițiile specifice privind numărul minim de asociați,

---

[1] În sens contrar, sub regimul legal anterior care prevedea doar derogarea prin actul constitutiv, fără indicarea sensului derogării, a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 246.

[2] Aceasta situație – cu majorități relative – poate să apară doar dacă majoritatea este raportată la toate drepturile de vot ale acționarilor *prezenți* în adunare (inclusiv a celor ce se abțin de la vot, se află în conflict de interese etc.); doar în acest caz este posibilă o preponderența a votului într-un anumit sens fără atingerea majorității simple de adoptare. Doctrina veche a eliminat această problemă prin raportarea majorității la voturile pro sau contra exprimate – excluzând deci acționarii care s-au abținut – şi nu la toate drepturile de vot aferente acționarilor *prezenți* în adunare. A se vedea *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 259; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 243.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 136.

[4] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 610.

[5] Comisia de drept comercial de pe lângă Camera de Comerț şi Industrie a României, în RDC nr. 1/1994, a răspuns negativ la solicitarea dacă pentru realizarea transformării societății este necesară dizolvarea şi lichidarea prealabila.

[6] Concluzia nu este una implicită, ci expresă. Dreptul comun are de altfel o concepție contrară. Transformarea persoanei juridice implică încetarea existenței societății vechi concomitent cu înființarea, în locul ei, a unei alte persoane juridice noi [art. 241 alin. (1) C.civ.].

răspunderea lor pentru obligaţiile sociale, capitalul social minim, organele statutare şi regulile speciale de formare a voinţei sociale.

În privinţa societăţii cu răspundere limitată cu asociat unic, legea nu îi recunoaşte o conformaţie distinctă astfel încât modificarea unui SRL în SRL cu asociat unic nu este transformare în sensul legii societăţilor. Nici societăţile cotate nu sunt specii distincte societare astfel încât accederea unei societăţi pe acţiuni la cota unei pieţe reglementate nu reprezintă o transformare a societăţii. Deşi multe societăţi au simţit nevoia să reflecte şi în actele constitutive caracterul de societate admisă la tranzacţionare pe o piaţă reglementată această inserţie statutară este una voluntară, supusă regulilor generale ale modificărilor statutare, nu expresie a transformării societăţii.

În mod obişnuit doctrina tratează transformarea societăţii cu personalitate juridică în mod distinct faţă de modificarea acesteia, plătind tribut importanţei tipurilor predefinite de societăţi. În esenţă forma de societate este doar o clauză – este drept cu implicaţii majore asupra celorlalte – a actului constitutiv adoptat de părţi, iar schimbarea ei urmează regimul modificării societăţii.

Efectele transformării societăţii sunt ghidate de prevederea păstrării personalităţii juridice a societăţii iniţiale. Practic avem o continuitate societară, aşa cum se întâmplă la toate modificările statutare. În privinţa societăţii, transformarea nu poate afecta raporturile juridice în care aceasta este parte, atât timp cât este aceeaşi persoană juridică. Redimensionarea statutară poate afecta structurile de administraţie şi control. În acest caz membrii vechi ai acestora îşi pierd automat mandatele în cazul reformării sau alegerii altor forme de structuri de administrare sau control[1].

Efectele transformări faţă de asociaţi ţin de caracteristicile fiecărei societăţi în parte[2]. Situaţia lor se poate modifica fundamental, respectiv în cazul transformării din societate cu răspundere limitată în societate în nume colectiv aceştia vor răspunde nelimitat pentru creanţele sociale, după cum în cazul transformării inverse răspunderea lor va deveni limitată. Efectele transformării faţă de terţi vor fi mai reduse. Trecerea de la un regim al răspunderii nelimitate a asociaţilor la un regim al răspunderii limitate va fi indiferentă pentru creditori fiindcă aceştia se vor bucura în continuare de garanţiile şi specificul raportului lor juridic cu societatea în vigoare la data naşterii actului juridic. Asociaţii nu se pot sustrage răspunderii lor nelimitate prin simpla transformare a societăţii. Aceasta nu este o metodă validă de eliberare pentru asociaţi. Soluţia este defavorabilă asociaţilor şi în cazul agravării răspunderii, a transformării societăţii din societate cu răspundere limitată, de exemplu, în societate în nume colectiv. În acest caz creditorii iniţiali nu se bucurau de garanţia suplimentară acordată de răspunderea nelimitată a asociaţilor. După transformare însă şi creditorii iniţiali se vor bucura de ea. Acceptarea răspunderii nelimitate a asociaţilor nu se putea face în afara conştientizării pasivului social astfel încât ei au făcut o transformare societară în cunoştinţă de cauză şi au acceptat răspunderea nelimitată pentru acest pasiv[3].

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 139

[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 86.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 140.

Capitolul II
Fuziunea şi divizarea societăților cu personalitate juridică

Secțiunea 1. Descrierea şi specificul operațiunilor de fuziune şi divizare

576. Elemente introductive. Societățile se nasc, se modifică şi dispar prin voința asociaților acelor societăți. Actul constitutiv, pactul societar inițial, poate prevede modalități distincte de transformare sau încetare a societății ori acestea pot să-şi găsească izvorul în voințele asociaților, ulterior exprimate, sau în cauze externe de neînlăturat. Încetarea persoanei de drept, deşi nu este *expressis verbis* reglementată de legea societăților, îşi găseşte realizări practice în materia fuziunii, divizării, dizolvării şi lichidării societăților. O tratare unitară a încetării persoanei nu este posibilă fiindcă fuziunea şi divizarea nu sunt metode tipice de încetare. Aceasta nu este un rezultat necesar al acestor reorganizări societare însă el poate să apară în privința unor societăți participante.

Dreptul comun foloseşte noțiunea de *reorganizare a persoanei juridice*, în care include atât fuziunea cât şi divizarea, cu consecința înființării, modificării ori încetării societăților participante (art. 232 C.civ.). Încetarea societății implică atât încetarea personalității juridice cât şi lichidarea patrimoniului social distinct[1], fie prin efectul legii ca în cazul fuziunii şi diviziunii, fie în cadrul procedurii lichidării societății ca efect al dizolvării.

577. Conceptul de fuziune şi divizare. Fuziunea şi divizarea implică transformări patrimoniale majore care pot merge până la extincția patrimoniului în sine şi pierderea personalității juridice[2]. Ele sunt privite ca operațiuni tehnico-juridice prin care se realizează restructurarea societăților. Ambele operațiuni pot implica formarea unor entități noi, cu păstrarea sau încetarea celor vechi. Operațiunile patrimoniale în sine pot fi rezultatul voințelor acționarilor unei singure societăți, sau ale mai multor societăți ale căror patrimonii resimt rezultatele operațiunii. În fiecare caz voințele societăților în parte vor fi exprimate în limitele propriilor acte constitutive. Fiind un moment important din viața societății, care atinge pactul constitutiv originar, transformarea implicată de fuziune şi divizare este o prerogativă expresă a adunărilor generale extraordinare, creuzet de adunare a voințelor asociaților societății.

Atunci când o persoană juridică dispare, succesiunea acesteia este de regulă stabilită prin actul de reorganizare adoptat de asociați în limitele legii. În lipsa reglementării cu exactitate a împărțirii patrimoniului supus extincției între persoanelor de drept succesoare, regulile succesiunii sunt relevate de lege. Legiuitorul a urmărit să reglementeze cu claritate problema pasivului societăților care-şi încetează activitatea atunci când

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 262.
[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 91.

asociații au omis sau nu au vrut a-l reglementa. Protecția terților-creditori este realizată cu prisosință de legiuitor. Aceștia au la îndemâna mijloacele procedurale pentru a-și apăra și realiza drepturile.

Deși fuziunea și divizarea sunt operații juridice distincte, cel mult complementare, implicațiile patrimoniale și asupra personalității juridice asemănătoare au permis tratarea lor de legiuitor împreună. Chiar dacă urmăresc o procedura comună, scopurile finale le distanțează în modalități practice diferite de realizare.

Procedural aceste operațiuni parcurg mai multe etape: *faza contractuală* demarată cu abilitarea de către adunarea generală sau inițiativa proprie a organului instituționalizat de conducere și gestiune pentru inițierea operațiunii și întocmirea proiectului de fuziune (divizare), cu mențiunile legale obligatorii, *faza de publicitate* a operațiunii și in final, exprimarea voințelor asociaților societăților implicate, exprimate în cadrul instituționalizat al *adunărilor generale extraordinare*. Doctrina a afirmat că „fuziunea presupune înmănuncherea mai multor patrimonii societare, pe când divizarea echivalează cu fragmentarea unui singur patrimoniu în mai multe componente scindate"[1]. În mod general *fuziunea* este operațiunea prin care mai multe societăți se reunesc pentru a forma o singură societate. Această rezultantă poate fi o societate nouă sau una din societățile ante-existente care le-a absorbit pe celelalte. Operațiunea se *divizare* implică fragmentarea patrimoniului unei societăți existente între mai multe societăți existente sau care iau naștere cu această ocazie. Separat de aceste operațiuni mai este cunoscută și *aportarea parțială de activ*, operațiunea prin care o societate transferă o parte din activul său, în general o activitate distinctă, către altă societate, nouă sau deja existentă[2].

Operațiunile de restructurare au cunoscut o mare răspândire în spațiul anglo-saxon în lupta pentru concentrările economice, pentru cote de piață sporite. Avantajele țin în general de planificarea și gestiunea economică. Mijloacele de producție își găsesc o utilizare sporită, gestiunea poate fi urmărită sistematic și științific, afectarea de fonduri pentru dezvoltare și cercetare poate fi mai semnificativă etc.[3]

Dezavantajele marilor concentrări economice astfel realizate stau în dimensiunea exagerată a societăților rezultate când societatea absorbantă reușește greu să digere societățile absorbite și tinde să devină neguvernabilă. Alternativa este arhitectura de grup, cu o societate mamă și filiale, care se poate dovedi mai flexibilă[4]. Alt inconvenient al concentrării ține de dimensiunea concurențială care, în goana după cota de piață, tinde să distorsioneze piața liberă. Dreptul concurenței și Consiliul Concurenței (în măsura în care competențele nu aparțin Comisiei Europene) reglementează din ce în ce mai sever acest domeniu, concentrările economice intrând în domeniul de autorizare al acestei autorități administrative pentru garantarea prezervării mediului concurențial. Alte categorii ce pot fi lezate de aceste operațiuni de restructurare sunt creditorii și acționarii minoritari. Mecanismele și procedura operațiunilor conferă mai multe garanții acestora astfel încât operațiunile de fuziune și divizare să nu devină instrumente ale abuzului de drept sau de majoritate. Salariații sunt și ei afectați de

---

[1] *O. Căpățână*, op. cit., p. 369.
[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 893.
[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 678.
[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 984.

operațiunile de restructurare fiindcă ele vizează și locurile lor muncă afectate de încetarea sau reorganizarea societăților.

Restructurările economice reprezentate de fuziuni și divizări sunt operațiuni cu grad mare de complexitate și potențial mare de litigii față drepturile și garanțiile multiple care trebuie acomodate: drepturile acționarilor, inclusiv ale acționarilor minoritari, drepturile creditorilor, drepturile salariaților, dar și interesele membrilor organelor administrative ale societăților implicate.

578. Cadrul legal. Dimensiunea normativă a operațiunilor este îmbunătățită prin preocuparea constantă a legislatorului european de acest subiect și emiterea de norme (directive) pentru armonizarea tratamentului acestor operațiuni în piața internă.

Operațiunea de fuziune a făcut obiectul reglementării Directivei a treia de drept societar[1], după reglementarea anterioară prin directive a constituirii și publicității înființării societății și a capitalului social al societății pe acțiuni. Directiva, după modificări succesive, a fost reeditată în 2011 prin Directiva 2011/35/UE[2]. Operațiunea de divizare a făcut obiectul Directivei a șasea de drept societar, Directiva 82/891/CEE[3], cu modificările ulterioare, în principal Directiva 2009/109/CE. Legiferarea europeană a continuat cu materia fuziunilor transfrontaliere, importante în privința pieței interne europene, transpusă în Directiva 2005/56/CE[4].

Legea internă a societăților a adoptat și integrat prevederile directivelor europene în câteva valuri de modernizare a materiei restructurării societăților.

579. Delimitări legale și condiții. Divizarea și fuziunea sunt definite legal după speciile lor particulare și după efectele lor. Prima specie de *fuziune* constă în reunirea uneia sau mai multor societăți, numite societăți absorbite, care sunt dizolvate fără a intra în lichidare și transferul patrimoniului lor către o altă societate, societatea absorbantă, transfer dublat de schimbul acțiunilor societății sau societăților absorbite cu acțiuni la societatea absorbantă, schimb care poate fi însoțit eventual de o sultă în numerar de maximum 10% din valoarea nominală a acțiunilor astfel repartizate. A doua specie de fuziune presupune reunirea uneia sau mai multor societăți, societăți participante, dizolvate fără a intra în lichidare și transferul patrimoniului lor către o altă societate, societate rezultantă care se constituie în acest scop, reunire însoțită de schimbul acțiunilor societăților participante cu acțiuni la societatea nou-constituita,

---

[1] Directiva a treia 78/855/CEE a Consiliului din 9 octombrie 1978, care are ca temei art. 54 alin. (3) lit. g) din tratat, privind fuziunile societăților comerciale pe acțiuni (JOCE L 295 din 20 octombrie 1978, p. 36).

[2] Directiva 2011/35/UE a Parlamentului și a Consiliului privind fuziunile societăților comerciale pe acțiuni (JOUE L 110/1 din 29 aprilie 2011, p. 1).

[3] Directiva 82/891/CEE, în temeiul art. 54 alin. (3) lit. g) din tratat, privind divizarea societăților comerciale pe acțiuni (JOCE L 378 din 31 decembrie 1982, p. 47).

[4] Directiva 2005/56/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind fuziunile transfrontaliere ale societăților pe acțiuni (JOUE L 310 din 25 noiembrie 2005, p. 1), modificată în principal prin Directiva 2012/17/UE de modificare a Directivei 89/666/CEE a Consiliului și a Directivelor 2005/56/CE și 2009/101/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului în ceea ce privește interconectarea registrelor centrale, ale comerțului și ale societăților.

schimb ce poate cuprinde şi o plată în numerar de maximum 10% din valoarea nominală a acţiunilor repartizate.

Legiuitorul distinge practic două specii de fuziune, *fuziunea prin absorbţie* şi *fuziunea prin contopire*. În primul caz fuziunea se realizează prin absorbirea uneia sau a unor societăţi, care îşi încetează existenţa, de către o societate absorbantă, aceasta supravieţuind operaţiunii. Această particularitate a păstrării personalităţii juridice a societăţii absorbante dă un avantaj şi asigură o preferinţă comercială pentru fuziunea prin absorbţie. Societatea îşi păstrează clientela şi renumele comercial asigurând continuitate şi stabilitate în raporturile juridice comerciale[1]. În al doilea caz două sau mai multe persoane juridice, care îşi încetează existenţa, se contopesc pentru a forma o societate rezultantă, nouă[2] [art. 238 alin. (1) LS].

Fenomenele de concentrare economică, specifice fuziunilor ca operaţiuni juridice[3], sunt dictate din raţiuni economice de întărire a poziţiei de piaţa şi reducere a cheltuielilor operaţionale. Tendinţa formării unor structuri juridice gigant care să acapareze în cvasi-totalitate o piaţă este în parte stopată de reglementările de protejare a liberei concurenţe specifice fiecărui stat, dar şi Uniunii Europene ca întreg.

Prin voinţa acţionarilor exprimată în cadrul adunărilor generale proprii, în condiţiile legii, pactul societar iniţial este modificat prin mărirea capitalului social şi lărgirea numărului de părţi contractante, în condiţiile unui raport de schimb acceptat de toate entităţile, sau prin stingerea raporturilor societare originale pentru a fi înlocuite cu altul nou.

Cele două forme de fuziune se diferenţiază mai mult sub aspectul formei exterioare, juridice, decât prin conţinut. Societatea rezultantă, în lipsă de exprimări de voinţă particulare, va reprezenta rezultanta patrimonială şi de acţionariat a celor precedente. În ambele situaţii, la acelaşi raport de schimb, structura de acţionariat va fi aceeaşi. Atributele de identificare ale persoanei juridice rezultante diferă după cum subzistă societatea absorbantă sau ia fiinţa o persoană juridică nouă, cu atribute proprii de identificare. Fuziunea prin contopire naşte o persoană juridică nouă, în temeiul pactului societar agreat de voinţele asociaţilor exprimate în conformitate cu actele constitutive ale societăţilor care îşi încetează existenţa. Ultimul act de voinţă al asociaţilor societăţilor participante care fuzionează prin contopire este crearea cadrului de exprimare a voinţelor lor în entitatea succesoare.

În esenţa sa fuziunea are ca efect o *redimensionare* a pactului societar prin lărgirea celui existent sau înlocuirea sa cu altul, cuprinzând asociaţii societăţilor preexistente. Asociaţii au libertate mare de exprimare a voinţei, putând odată cu redimensionarea cadrului societar să-i dea forma juridică dorită prin încadrarea ei în oricare tipar prestabilit de societate.

Societatea sau societăţile absorbite sau contopite se dizolvă prin procedura în cauză, fără lichidare, având loc transmiterea universală a patrimoniului lor către societatea succesoare.

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 680.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 678.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 249.

Divizarea cunoaşte, în mod complementar, două specii. Prima specie de divizare presupune o societate care, după ce este dizolvată fără a intra in lichidare, transferă mai multor societăţi existente părţi ale patrimoniului său simultan cu repartizarea către acţionarii societăţii divizate de acţiuni la societăţile beneficiare, repartizare care poate fi însoţită şi de plăţi în numerar de maximum 10% din valoarea nominală a acţiunilor repartizate. A doua specie implică o societate care, după ce este dizolvată fără a intra în lichidare, transferă patrimoniul său mai multor societăţi nou-constituite, simultan cu repartizarea către acţionarii societăţii divizate de acţiuni la societăţile nou-constituite, repartizare care poate fi însoţită şi de plăţi în numerar de maximum 10% din valoarea nominală a acţiunilor repartizate.

Divizarea, ca şi fuziunea, este legal definită prin efectele ei, respectiv dizolvarea, fără lichidare, a societăţii care îşi încetează existenţa şi transmiterea patrimoniului său către societatea sau societăţile beneficiare, în schimbul atribuirii de acţiuni sau părţi sociale ale acestora către asociaţii societăţii care-şi încetează existenţa şi, eventual, a unei sume de bani, în limitele legale.

Forma clasică de divizare este reprezentată de împărţirea întregului patrimoniu al unei societăţi, care în mod natural îşi încetează existenţa, între două sau mai multe societăţi care iau astfel fiinţa, numită în doctrină şi *divizare prin contopire*, prin oglindire cu operaţiunea corespunzătoare de fuziune[1], sau existente, numită în doctrină *divizare prin absorbţie*[2].

580. Alternative de realizare şi operaţiuni asimilate. Ca şi la fuziune, operaţiunea de transfer patrimonial al societăţii divizate poate viza una sau mai multe societăţi existente si una sau mai multe societăţi nou-constituite. În acest mod cele două specii principale de operaţiuni pot da naştere la nenumărate alternative practice de realizare. De esenţa fuziunii şi divizării este un transfer patrimonial urmat de atribuirea acţiuni, la schimb, de către entitatea beneficiară, existentă sau nou înfiinţată, către acţionarii societăţii care realizează transferul. Nu este obligatorie nici extincţia patrimoniului originar, nici crearea unui nou patrimoniu beneficiar. Avem însă o *dublă translatare*: patrimonială, de la societăţile ce-şi încetează existenţa la societatea beneficiară şi o translatare în acţionariat, respectiv acţionarii societăţilor care-si încetează existenţa sunt deplasaţi la societăţile beneficiare prin atribuirea de acţiuni la aceste societăţi în schimbul celor deţinute la societăţile dispărute.

Ambele operaţiuni nu cunosc limitări după forma societăţilor participante, respectiv fuziunea sau divizarea se poate face şi între societăţi de forme diferite.

Operaţiunea juridică îşi păstrează substanţa chiar dacă doar o parte din patrimoniu este transmis, societatea neîncetându-şi existenţa, către una sau mai multe societăţi existente sau care iau astfel fiinţă[3]. În esenţa este vorba de o translatare patrimonială, însoţită şi de acţiunile sau părţile sociale care se alătură, sau formează, capitalului

---

[1] *O. Căpăţână*, op. cit., p. 369.

[2] *O. Căpăţână*, op. cit., p. 369.

[3] Operaţiunea respectivă este tratată de doctrina ca o subspecie a divizării, respectiv desprinderea, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 250 sau aport parţial de activ social, divizare parţială, a se vedea *O. Căpăţână*, op. cit., p. 370.

social al societății beneficiare odată cu valoarea patrimoniala alipită, sau care capătă astfel existență de sine stătătoare. Această modalitate de divizare, *desprinderea*, constă în individualizarea unei părți din patrimoniul social al societății, care nu-și încetează existența, și transmiterea sa către una sau mai multe societăți existente sau care iau astfel ființă.

În declarația legii sunt asimilate cu divizarea două operațiuni distincte. În prima situație o parte din patrimoniul unei societăți se desprinde și este transferată ca întreg uneia sau mai multor societăți existente ori unor societăți care sunt astfel constituite, în schimbul alocării de acțiuni sau părți sociale ale societăților beneficiare către acționarii sau asociații societății care transferă activele, iar operațiunea este denumită *desprindere în interesul acționarilor ori asociaților*. Altă asimilare cu divizarea privește operațiunea prin care o parte din patrimoniul unei societăți se desprinde și este transferată ca întreg uneia sau mai multor societăți existente ori unor societăți care sunt astfel constituite, în schimbul alocării de acțiuni sau părți sociale ale societăților beneficiare către societatea care transfera activele, operațiune denumită *desprindere în interesul societății* (art. 250[1] LS). Prima operațiune era deja observată de doctrină și a fost descrisă. A doua operațiune este inedită. Mecanismul ei arată că este vorba de un mecanism de aportare în natură a unei societăți la altă societate, operațiune pentru care societatea aportatoare primește acțiunile cuvenite aportului. O astfel de alternativă se înscrie perfect în majorarea de capital social cu aport în natură. Singura diferență privește obiectul aportării: o parte din patrimoniul unei societăți, un ansamblu de bunuri alcătuind un domeniu de activitate complet, susceptibil de funcționare independentă, nu un bun izolat, un transfer cu titlu particular[1]. Doar acest element califică operațiunea ca divizare, nu ca aport în natură. Diferențele de regim juridic sunt mari fiindcă procedura divizării și fuziunii este una mult mai laborioasă ca majorarea de capital social. Acest regim al desprinderii în interesul societății poate fi privit și din perspectiva garanțiilor acordate acționarilor. Operațiunea de aportare în natură a societății la majorarea de capital social a altei societăți este privită ca o operațiune de gestiune[2]. Pentru o astfel de operațiune nu este necesară aprobarea adunării generale a acționarilor societății aportatoare (în cazul societății receptoare a aportului majorarea de capital social necesită obligatoriu aprobarea adunării generale extraordinare), practic actul scapă cenzurii acționarilor. În cazul calificării întregii operațiuni ca o divizare sunt însă incidente dispozițiile speciale din această materie, cu proiect de divizare, publicitate, rapoarte de administrare și de expertiză și informare adecvată a acționarilor. Un asemenea regim, deși implică o povară administrativă pentru societate, asigură o protecție adecvată a drepturilor acționarilor.

581. Depășirea domeniului divizării. Operațiuni ilicite. Societatea cu personalitate juridică, prin voința socială legal exprimată, poate participa la formarea de noi societăți, în temeiul principiului libertății de asociere în vederea exercitării de activități economice, aportând bunuri din patrimoniul său și primind în schimb acțiunile sau părțile sociale cuvenite. Acest caz nu intră în principiu sub ipoteza divizării. Totuși în

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 693.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 694. Autorul consideră că aportul parțial de activ are un regim mixt, de aport în natură sau divizare, cu o linie de demarcație destul de estompată între ele.

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

cazul aportării de societate de părți din patrimoniu asimilarea cu divizarea este expresă, dar diferența între ipoteze este greu de subliniat. Societatea mai poate să transfere active patrimoniale în schimbul atribuirii de acțiuni sau părți sociale, la societățile nou înființate sau existente, către proprii asociați, ipoteză de această dată incontestabilă a *divizării prin desprindere*.

Constituirea de societăți de către alte societăți preexistente poate fi un mijloc de fraudare a unei părți a asociaților prin scoaterea de sub controlul acestora, și din patrimoniul societăți, a unor active sociale importante. Unele instanțe au constatat frauda în contra drepturilor asociaților prin transferul unor active patrimoniale importante și golirea de conținut a societății-mamă, constatând o divizare *de facto*, cu încălcarea normelor imperative din materia divizării[1].

Divizarea prin desprindere ridică și problema unei excluderi mascate din societățile-mamă. Prin voința lor asociații au dobândit părți sociale sau acțiuni la o anumită societate. Se poate imagina oare divizarea prin desprindere, prin înființarea unei noi societăți, cu active din patrimoniul social inițial, fără acordul asociaților vizați? Practic este licit transferul forțat al acționarilor în noua societate formată prin desprindere? Divizarea este un mod radical de transformare a actului constitutiv, supus voinței acționarilor în condițiile de cvorum și majoritate prevăzute de adunările generale extraordinare. În urma voinței majorității calificate cerută de lege (în cazul unanimității din societățile de persoane problema supusă atenției este exclusă) se naște o nouă societate cu acționari preluați de la vechea societate, conform noului act constitutiv. O asemenea procedură poate echivala cu excluderea din societatea inițială, dincolo de prevederile specifice, a unor acționari, prin simpla voință a majorității calificate cerute de lege. Astfel de practici sunt legate de calificarea divizărilor în *divizări simetrice* și *asimetrice*. Practica recunoaște o divizare simetrică, în care noua societate va fi, din punctul de vedere al structurii acționariatului, o replică a celei inițiale. Acest tip de societate nu ridică nicio problema din punctul de vedere al respectării drepturilor acționarilor. Opusă acesteia poate fi și o *divizare asimetrică* care ridică problema *dreptului de opțiune* al acționarilor. Trebuie spus că dreptul de opțiune al acționarilor pentru societatea sau societățile care iau naștere și preiau părți din patrimoniul societății-mamă nu este reglementat de lege.

Hotărârea adunării generale privind divizarea, în condițiile procedurii legale, este obligatorie atât pentru acționarii care au votat pentru cât și pentru cei care au votat împotriva, s-au abținut sau au lipsit. Atacul acestei hotărâri prin simpla invocare a încălcării dreptului lor de opțiune, nu-și va găsi realizare în cazul unei exprimări legale a voinței acționarilor în cvorumul și cu majoritățile legale. Abuzul de poziție majoritară[2] însă, credem că poate fi sancționat de legiuitor. Dacă hotărârea de divizare tinde spre excluderea unui acționar sau un grup de acționari din societate, instituție nereglementată și principial nepermisă în societățile de capitaluri sau spre eludarea cazurilor limitativ admise de lege în cazul societăților cu răspundere limitată, instanțele trebuie

[1] Trib. Teleorman, Secția comercială, sentința nr. 427/2001, *nepublicată*.

[2] În privința abuzului de poziție majoritară, în contextul dizolvării pentru neînțelegerile grave dintre asociați, a se vedea, *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 496-500.

să sancţioneze frauda la lege şi abuzul de poziţie majoritară prin lipsirea de efecte juridice a hotărârii în cauză.

Dincolo de o posibilă fraudă la lege, operaţiunea va rămâne valabilă juridic cât timp părţile sociale sau acţiunile oferite la noua societate sunt de natură a respecta drepturile vechilor acţionari. Ca o ultimă ironie juridică, actul constitutiv, legea în care vor evolua acţionarii preluaţi de noua societate, cel puţin la înfiinţare, va aparţine vechilor acţionari majoritari[1].

582. Pregătirea operaţiunii. Evaluări financiare. Raportul de schimb. Reglementarea legală a procedurii fuziunii şi divizării începe abrupt, cu întocmirea de către administratori a *proiectului operaţiunii*, proiect care cuprinde în mod detaliat toate caracteristicile operaţiunii. În mod evident o asemenea fază este de fapt încheierea proiectării operaţiunii, a înţelegerii între părţile participante. A crede că administratorii întocmesc un proiect complet de fuziune pe care ulterior îl prezintă acţionarilor câtorva societăţi şi aşteaptă cu emoţii votul acţionarilor este o naivitate teoretică nepermisă în lumea societară. În reglementarea anterioară a legii societăţilor punctul de pornire al operaţiunii îl reprezenta convocarea acţionarilor, hotărârea de principiu asupra operaţiunii în toate societăţile implicate şi împuternicirea administratorilor de a întocmi un proiect al operaţiunii. O asemenea procedură, deşi foarte aşezată şi logică, este total contrazisă de practică. Operaţiunile de concentrare economică sunt evenimente cu impact juridic şi social mare. Astfel de intenţii rămân confidenţiale până în momentul lansării lor pentru a nu influenţa negativ societăţile implicate. Fluctuaţiile bursiere, nervozitatea creditorilor şi micilor acţionari, acţiunile de protest ale sindicatelor sunt câteva efecte sigure ale informaţiilor despre proiectarea unor reorganizări economice de anvergură. Regimul legal este unul sensibil în materia societăţilor cotate. Informaţiile privind negocierea unei operaţiuni de fuziune sau divizare au un impact deosebit asupra cursului valorilor mobiliare astfel încât ele suportă regimul *informaţiilor privilegiate* (art. 244 din Legea nr. 297/2004). Prin excepţie, societăţile pot hotărî amânarea dezvăluirii acestor informaţii cu obligaţia asigurării confidenţialităţii şi înştiinţarea despre această amânare a autorităţii administrative a pieţei, A.S.F. [art. 226 alin. (3) şi (4) din Legea nr. 297/2004].

Pregătirea operaţiunii de fuziune/divizare implică în primul rând negocierea reprezentanţilor societăţii în vederea prefigurării elementelor celor mai sensibile ale operaţiunii: evaluarea financiară a societăţilor şi stabilirea raportului de schimb al acţiunilor în cadrul operaţiunilor. Faza preliminară este una de negociere care trebuie să se încheie cu o convenţie a reprezentanţilor împuterniciţi de majorităţile decizionale din fiecare societate[2]. *Convenţia (acordul, protocolul) asupra fuziunii sau divizării* este actul juridic nerelevat de legea societăţilor care lipseşte din procedura legală şi în consecinţă rămâne ocult şi neamintit de nimeni. Dar el se comportă ca o gaură neagră, nimeni nu ştie sau nu probează existenţa ei, dar efectele ei se văd implacabil în desfăşurarea ulterioară a evenimentelor şi, în acelaşi mod inexplicabil, nimic nu scapă forţei sale de atracţie: toate societăţile implicate în procedură votează în mod magic

[1] *C. Gheorghe*, Societăţi comerciale, op. cit.
[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 898.

același raport de schimb al acțiunilor, aceeași sultă sau primă de fuziune dacă este cazul, aceleași modificări statutare în privința societății beneficiare.

Evaluarea financiară a societății este punctul esențial al operațiunii fiindcă aceasta dă contur operațiunii și stabilește drepturile acționarilor[1]. Cel puțin teoretic este o operațiune obiectivă care are ca punct de plecare situațiile financiare ale societăților la aceeași dată de referință. În realitate diversitatea metodelor și modul de acomodare a lor poate da valori diferite orientate după valoarea bursieră, valoarea pur contabilă, valoarea de lichidare etc. a societății. Pornind de la această evaluare și raportat la numărul de acțiuni emise de fiecare societate se determină valoarea acțiunii. Raportul dintre valoarea acțiunii societății absorbante și fiecare valoare a acțiunilor societăților absorbite dă valorile *raportului de schimb* și implicit numărul de acțiuni ale societății absorbante pe care le vor primi acționarii în schimbul acțiunilor vechi. Acest raport nu trebuie privit totuși în mod rigid. Practic societățile, prin reprezentanți, vor negocia o astfel de valoare, având ca reper evaluările disponibile. Negocierea nu poate fi una pur subiectivă fiindcă valoarea raportului de schimb este supusă verificării din punct de vedere al echității pentru toți acționarii.

583. Modificarea sau înființarea societăților rezultante din operațiunile de fuziune și divizare. Din punct de vedere societar operațiunile de fuziune și divizare reprezintă *modificări sau constituiri ale unor societăți* cu personalitate juridică. Forma și caracteristicile acestor societăți sunt supuse voinței asociaților și șabloanelor societare predefinite de lege. Partea obiectivă a operațiunii este reprezentată de dimensiunea patrimoniului și a capitalului social al societăților rezultante. În mod obligatoriu capitalul social va reflecta însumarea valorilor capitalului adus de societățile rezultante, deși nu într-un mod riguros matematic. Operațiunea este în esență o modificare de capital social, o majorare de capital social (pentru societățile nou înființate capitalul social este fixat în același mod prin constituirea societății). Din punct de vedere al naturii, fiind vorba de un *aport patrimonial*, nu de o aportare în numerar, natura juridică va fi aceea a aportului în natură. Datorită procedurii speciale a operațiunii nu mai sunt necesare garanțiile specifice edictate pentru majorarea de capital social cu aport în natură. În această cheie trebuie înțeleasă norma societară care prevede că în cazul în care majorarea capitalului social este efectuată pentru realizarea unei fuziuni sau divizări și pentru efectuarea, dacă este cazul, a plăților în numerar către acționarii/asociații societății absorbite sau divizate, nu este necesară întocmirea raportului de evaluare realizat de experții numiți de oficiul registrului comerțului [art. 215 alin. (1^1) LS]. Evaluarea este realizată în mod diferit în procedura de fuziune/divizare.

Majorarea în sine a capitalului social al societății rezultante nu este o operațiune deterministă, matematică, așa cum pare la prima vedere. Să nu uităm că în materia societară expresia valorică a capitalului social nu reprezintă în mod necesar valoarea patrimoniului societății fiindcă nici valoarea nominală a acțiunii nu este legată în mod

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 682. Evaluarea întreprinderilor trebuie să respecte principiul egalității. Acesta se reflectă, de exemplu, în folosirea acelorași tehnici pentru evaluare pentru fiecare societate participantă. Autorul vorbește și de o speranță de plusvaloare, de fructele fuziunii, foarte cunoscute în practică, de care trebuie să profite toate societățile, nu doar societatea absorbantă.

necesar de valoarea contabilă a acțiunii. Ultima este în principiu (când nu sunt pierderi operaționale acumulate) mai mare. Așa încât ceea ce trebuie să reflecte în mod necesar capitalul social al societății rezultante este de fapt numărul de acțiuni emise de societate, respectiv vechile acțiuni, la care se adaugă noile acțiuni emise conform raportului de schimb. Deci calculul capitalului societar este mai degrabă o consecință a valorii raportului de schimb, o devoalare inversă a rezultatului negocierilor privind evaluarea societăților și expresiei raportului de schimb. Odată stabilită această valoare, capitalul social rezultant din operațiune este dat de suma acțiunilor existente, la care se adaugă acțiunile noi emise ca urmare a aplicării pentru fiecare societate care-și încetează existența a raportului de schimb aferent, număr total al acțiunilor deînmulțit cu valoarea nominală a acțiunilor. Bineînțeles că acest calcul al capitalului social, strict la valoarea nominală a acțiunilor, nu va reflecta exact valorile patrimoniale evaluate pentru fiecare societate. Soluția este aceeași ca la majorările de capital social cu aport în natură și aport în numerar: prima de emisiune. În domeniul aporturilor în natură noțiunea este denumită *primă de aport*, iar în domeniul operațiunilor de fuziune, *primă de fuziune*[1]. Prin intermediul acestei prime sunt acomodate cele două realități: realitatea juridică reprezentată de numărul exact de acțiuni și realitatea contabilă reprezentată de valorile patrimoniale evaluate pentru fiecare societate. *Prima de fuziune* este recunoscută din punct de vedere legal [art. 241 lit. f) LS], dar nu cunoaște reglementări legale astfel încât poate fi utilizată în mod liber de societăți pentru exprimarea în mod coerent, matematic, a operațiunii negociate de părți.

Secțiunea a 2-a. Procedura

Subsecțiunea 1. Proiectul de fuziune sau divizare

584. Întocmirea și conținutul proiectului de fuziune sau divizare. Prima fază prevăzută de legea societăților este întocmirea proiectului operațiunii. Așa cum am relevat este vorba de fapt de *faza contractuală* oficială, când esența, dar și detaliile operațiunilor au fost deja negociate, fixate. *Proiectul de fuziune* sau divizare conține, în reglementarea legală, toate elementele particulare ale operațiunii, împreună cu elementele sensibile, *rata de schimb* a acțiunilor și *prima de fuziune* sau divizare. Practic proiectul de fuziune descrie în mod total și în amănunt modul de realizare a fuziunii sau divizării. Componentele principale ale proiectului sunt cele indicate de legiuitor: identificarea exactă a tuturor societăților implicate în fuziune sau divizare, justificarea și condițiile fuziunii sau ale divizării; modul alocării de acțiuni la societatea absorbantă sau la societățile beneficiare, rata de schimb a acțiunilor sau părților sociale și eventuala sultă de plată, cuantumul primei de fuziune sau de divizare, data situațiilor financiare ale societăților participante, care au fost folosite pentru a se stabili condițiile fuziunii sau ale divizării și data de la care tranzacțiile societății absorbite sau divizate sunt preluate din punct de vedere legal și contabil de societatea absorbantă sau beneficiară (art. 241 LS). În mod suplimentar proiectul de fuziune sau divizare va cuprinde drepturile conferite de către societatea absorbantă sau beneficiară deținătorilor

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 901.

de acțiuni care conferă drepturi speciale și celor care dețin alte valori mobiliare în afara de acțiuni, orice avantaj special acordat experților și membrilor organelor administrative sau de control ale societăților implicate în fuziune sau în divizare.

585. Dispoziții speciale privind proiectul de divizare. În cazul divizării trebuie relevată descrierea și repartizarea exactă a activelor și pasivelor care urmează a fi transferate fiecăreia dintre societățile beneficiare. În lipsa unor asemenea prevederi sau în insuficiența lor legea societăților a instituit norme supletive clare. Astfel, dacă un element de activ nu este repartizat în proiectul de divizare sau dacă interpretarea proiectului nu permite elucidarea voinței părților asupra repartizării, elementul de activ în cauză sau contravaloarea acestuia se repartizează între toate societățile beneficiare, proporțional cu cota din activul net alocat societăților în cauză, în conformitate cu proiectul de divizare. În mod similar, dacă un element de pasiv nu este repartizat în proiectul de divizare sau dacă interpretarea proiectului nu permite elucidarea voinței părților asupra repartizării, societățile beneficiare răspund solidar pentru elementul de pasiv în cauză. Ca reflexie a acestei solidarități, dacă un creditor nu a obținut realizarea creanței sale de la societatea căreia îi este repartizată creanța prin divizare, toate societățile participante la divizare răspund pentru obligația în cauză, până la concurența valorii activelor nete care le-au fost repartizate prin divizare. Societatea care are obligația în patrimoniul său va răspunde, bineînțeles, pentru întreaga obligație respectivă.

Proiectul de divizare va cuprinde și modul de repartizare către acționarii sau asociații societății divizate de acțiuni, respectiv părți sociale, la societățile beneficiare, respectiv *criteriile* care stau la baza repartizării. Reglementarea legală atinge problema delicată a *dreptului de opțiune*. Repartizarea acționarilor este stabilită de proiectul de divizare, iar cea mai echitabilă soluție este exercitarea dreptului de opțiune în privința repartizării de către acționari. Victimele sunt însă tot micii acționari, cu mijloace de informare redusă. În principiu exercitarea opțiunii trebuie realizată într-un termen determinat prin proiect, în caz contrar repartizarea realizându-se în modul indicat prin același act.

586. Publicitatea proiectului operațiunii. Existența unei înțelegeri prealabile între reprezentanții societăților participante este deconspirată odată cu publicitatea acestuia. Acest înscris trebuie asumat de reprezentanții societăților participante prin semnătură. În acest fel condiția de formă este înscrisul sub semnătură privată. Proiectul de fuziune sau de divizare se depune la oficiul registrului comerțului unde este înmatriculată fiecare societate participantă și este supus unui control de legalitate realizat judecătorul delegat. Proiectul este însoțit de o declarație a societăților care își încetează existența în urma fuziunii sau divizării despre modul cum a hotărât să stingă pasivul său, precum și de o declarație privitoare la modalitatea de publicare a proiectului de fuziune sau de divizare. Publicitatea proiectului de fuziune sau de divizare, vizat de judecătorul delegat, este realizată în primul rând prin publicarea în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, integral sau în extras, potrivit dispoziției judecătorului delegat sau cererii părților.

În scopul reducerii formalităților și a cheltuielilor administrative legea societăților permite înlocuirea publicării proiectului în Monitorul Oficial al României, Partea

a IV-a, cu publicitatea efectuata prin intermediul propriei pagini web şi a paginii de web a oficiul registrului comerţului unde este înmatriculată societatea, pe o perioadă continuă de cel puţin o lună înaintea adunării generale extraordinare care urmează să decidă cu privire la fuziune/divizare. În acest caz societatea trebuie să asigure condiţiile tehnice pentru afişarea continuă şi neîntreruptă şi cu titlu gratuit a documentelor prevăzute de lege, pentru întreaga perioadă prevăzută legal. Mai mult, sarcina probei în privinţa satisfacerii obligaţiei de publicitate prin internet revine societăţii, atât în privinţa continuităţii publicităţii cât şi a autenticităţii documentelor afişate.

Efectele patrimoniale extinctive ale acestor operaţiuni de restructurare societară impun obligaţia Oficiul Naţional al Registrului Comerţului de a transmite Agenţiei Naţionale de Administrare Fiscală o înştiinţare cu privire la depunerea proiectului în vederea satisfacerii creanţelor fiscale.

Subsecţiunea a 2-a. Drepturi şi garanţii ale persoanelor interesate în procedură

587. Protecţia creditorilor. Creditorii sunt persoanele cele mai ameninţate de operaţiunile de fuziune şi divizare şi din această cauză legea societăţilor se ocupă în mod special de aceştia. În primul rând grija legiuitorului pentru stingerea datoriilor şi preluarea pasivului social, atent reglementate, este de natură să asigure o protective globală a creditorilor chiar când aceştia rămân în pasivitate cu ocazia operaţiunilor de restructurare.

Fuziunea reprezintă un risc mai mic pentru creditori. Întotdeauna societatea absorbantă sau rezultată din fuziune este succesoarea universală a societăţilor participante. Obligaţiile vor avea ca subiect pasiv societatea rezultantă care, prin alăturarea mai multor patrimonii în mod teoretic poate prezenta garanţii de solvabilitate mai mari. Riscul apare în situaţia absorbirii unor societăţi cu activ net negativ care, din contră, slăbesc poziţia patrimonială a societăţii rezultante.

Divizările prezintă un risc mai mare pentru creditori fiindcă existenţa mai multor societăţi face uneori neclară preluarea obligaţiilor sau acestea ajung în mod explicit în patrimoniul unor societăţi mai puţin solvabile. Răspunderea specială instituită în folosul creditorului care nu-si poate realiza creanţa, separat de răspunderea societăţii care a preluat creanţa, respectiv toate societăţile participante la divizare răspund pentru obligaţia în cauza, pana la concurenţa valorii activelor nete care le-au fost repartizate prin divizare [art. 240^1 alin. (3) LS], asigură creditorului un nivel de garantare similar celui deţinut anterior divizării.

Protecţia individuală acordată creditorilor priveşte *dreptul de opoziţie* instituit în favoarea acestora. Această acţiune a avut în trecut o conformaţie mult mai puternică, respectiv avea un efect suspensiv de drept asupra operaţiunii, blocând orice realizare a restructurării până la satisfacerea drepturilor creditorilor. Potenţialele abuzuri şi întârzierile nepermise în desfăşurarea procedurii au condus la soluţia normativă a înlăturării efectului suspensiv al opoziţiei. În privinţa calităţii procesuale active legea societăţilor înlătură de la exercitarea acestei căi procesuale salariaţii, pentru creanţele provenind din executarea contractelor individuale de muncă. Aceştia au un nivel de protecţie special şi separat care exclude regimul opoziţiei de drept comun. În privinţa

restului creditorilor dreptul de opoziție are de fapt o reglementare dublă. Pe de o parte legea reglementează *dreptul de opoziție specială*, propriu operațiunilor de fuziune și divizare, iar pe de altă parte recunoaște acestora și *dreptul de opoziție general*, conferit tuturor persoanelor interesate prejudiciate prin hotărârile organelor statutare în privința modificărilor de acte constitutive (art. 61 LS). Cele două opoziții reglementate nu se exclud, numai că dreptul general de opoziție poate privi doar modificările statutare care nu au legătură cu procesul de divizare sau fuziune. Pentru operațiunile în sine dreptul de opoziție specială epuizează protecția acordată creditorilor, înlăturându-se dublarea căii de atac acordată creditorilor. Distincția este importantă, deoarece cele două căi au termene de atac diferite (unul curge de la data publicării proiectului operațiunii, iar celălalt de la data publicării hotărârii organului statutar).

Opoziția specială aferentă operațiunilor de fuziune sau divizare. Creditorii societăților participante care dețin o creanța certă, lichidă și anterioară datei publicării proiectului de fuziune sau de divizare pot formula opoziție dacă consideră că satisfacerea creanțelor lor este periclitată prin operațiunea de fuziunii/divizării. Termenul de formulare a opoziției este de 30 de zile de la data publicării proiectului de fuziune sau de divizare și se depune la oficiul registrului comerțului care o menționează în registru și o înaintează tribunalului competent. În mod declarat și pentru distanțare de formularea anterioară opoziția nu are ca efect suspendarea executării fuziunii sau divizării [art. 243 alin. (3) LS]. Remediul legal principal pe care îl poate obține creditorul este obligarea societăților la constituirea de garanții adecvate și, când hotărârea nu este respectată, exigibilitatea anticipată a creanței și obligarea societății la plată, imediat sau într-un termen stabilit de instanță având în vedere valoarea creanței, pasivul societății debitoare sau al societății succesoare în drepturile și obligațiile acesteia. Astfel, dacă societatea debitoare sau succesoarea sa în drepturi și obligații nu oferă sau nu constituie garanții ori privilegii adecvate pentru satisfacerea creanței, instanța admite opoziția și obligă societatea debitoare sau succesoarea sa la plata creanței, hotărârea de admitere a opoziției fiind executorie.

Soluția judiciară în cererea de opoziție poate fi de respingere dacă creditorul nu dovedește premisa cererii, respectiv periclitarea satisfacerea creanței prin realizarea fuziunii. Acest lucru este posibil dacă situația financiară societății debitoare sau succesoare este solidă astfel încât nu este necesară acordarea de garanții adecvate. Respingerea opoziției poate avea ca temei și stingerea creanțelor prin plată sau acordul părților în acest sens. În sfârșit, respingerea opoziție poate avea ca temei constituirea sau existența de garanții sau privilegii apreciate de instanță ca adecvate pentru satisfacerea creanței sau refuzarea lor de către creditor.

588. Protecția acționarilor. Protecția acționarilor în operațiunile de restructurare societară este desfășurată pe mai multe niveluri, care se suprapun protecției generale a drepturilor acționarilor. Nivelurile de protecție sunt reprezentate de *expertiza independentă* obligatorie a raportului de schimb, drepturile extinse de *informare*, garanția *drepturilor câștigate* și de *acțiunile conferite acționarilor* pentru apărarea drepturilor lor.

589. Expertiza independentă a proiectului operațiunii. Elementele proiectului operațiunii cele mai sensibile sunt cele care țin de evaluarea societăților și stabilirea raportului de schimb. Evident că acționarii fiecărei societăți participante vor dori un raport de schimb cât mai avantajos pentru ei astfel încât, în mod obiectiv, este greu de acomodat toate așteptările. Acest raport trebuie să respecte însă niște principii precum egalitatea în reflectarea valorică a fiecărei societăți, specificitatea criteriilor de evaluare folosite după domeniul de activitate al societăților implicate și caracterul sincer al evaluării[1]. Micii acționari au o capacitate redusă de apreciere a justeții operațiunii, în principal datorită lipsei datelor de gestiune și, în general, datorită unui nivel de informare asupra societății destul de redus. În sprijinul acestora legea instituie expertizarea obligatorie a proiectului operațiunii de către experți independenți nominalizați prin intermediul oficiului registrului comerțului. În acest sens fiecare dintre societățile care participa la fuziune sau divizare, în mod independent, vor solicita oficiului registrului comerțului desemnarea unui sau mai multor experți autorizați, persoane fizice ori juridice, pentru verificarea proiectului de fuziune sau divizare și întocmirea un raport scris în folosul acționarilor (art. 243[3] LS). Pentru scăderea costurilor operațiuni societățile care participă la fuziune sau la divizare pot solicita în comun realizarea expertizei independente în mod unic, pentru toate societățile implicate[2].

Obiectivul principal al experților este verificarea evaluării societăților participante și „justețea"[3] raportului de schimb. În concret *raportul independent* va aprecia dacă rata de schimb a acțiunilor sau părților sociale este corectă și rezonabilă după observarea și pronunțarea asupra caracterului adecvat al metodei sau metodelor folosite pentru a o determina. În privința acestora raportul va reține valorile obținute prin aplicarea fiecăreia dintre aceste metode ca și opinia personală a experților privind folosirea și ponderea acestora în obținerea valorii reținute de societăți. Pentru realizarea raportului lor experții au dreptul de a obține de la oricare dintre societățile care participa la fuziune sau la divizare toate informațiile relevante și de a face toate investigații proprii pe care le consideră necesare.

Expertiza impusă de lege despovărează acționarii de contractarea propriilor evaluatori pentru verificarea operațiunii. Din studiul acestui raport acționarii pot aprecia în ce măsură sunt respectate drepturile lor, în ce măsură rata de schimb acțiunilor respectă realitatea. Bineînțeles că evaluarea nu-și propune a verifica în mod obiectiv evaluarea societăților și nici nu o poate infirma pe aceasta. Rata de schimb este rezultatul unor negocieri și a unor evaluări societare proprii astfel încât ea nu urmărește în mod absolut realitatea contabilă, de exemplu. Așa cum acțiunile se tranzacționează în ringul bursier diferit de valoarea contabilă, conform așteptărilor investitorilor, și raportul de schimb

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 683. Evaluarea și calculul raportului de schimb nu trebuie să se ascundă în spatele unui algoritm matematic aparent obiectiv când el reflectă în realitate în mare parte doar negocierea părților.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 908. În dreptul francez expertiza este rezervată unor experți în fuziune.

[3] Procedura este una de ascendență europeană și anglo-saxonă. Legislația americană a societăților bursiere se referă expres la „justețea" (*fairness*) operațiunilor similare pentru acționarii care nu posedă controlul în societate (Regulation M-A, Item 1014, emis de autoritatea administrativă americană în domeniu, *SEC*, în aplicarea secțiunii 13 din Legea burselor de valori din anul 1934 (*Securities Exchange Act of 1934*), privind informarea periodică și alte rapoarte.

poate da eficienţă unor conjuncturi sau aşteptări de viitor. Concluziile experţilor urmăresc justeţea şi caracterul adecvat al raportului de schimb, nu alinierea lui la o pretinsă valoare obiectivă. Valoarea sa este până la urmă un compromis între societăţile participante, fiecare având interese diferite în privinţa acestui raport de schimb.

Legea societăţilor conţine şi un set de derogări de la obligaţia pentru societăţile participante de a contracta expertiza independentă, acolo unde se prezumă că ea nu este necesară pentru protecţia acţionarilor. În cazul restructurărilor societare, în cazul unei structuri de tip holding, dacă fuziunea prin absorbţie este realizată prin absorbţia uneia sau mai multor societăţi de către societatea care deţine toate acţiunile lor sau alte titluri conferind drepturi de vot în adunarea generală, obligativitatea expertizei independente şi a altor garanţii acordate terţilor este înlăturată. Derogarea acţionează şi în privinţa deţinerii de către societatea absorbantă a cel puţin 90% din drepturile sociale ale societăţilor absorbite.

Exonerarea este incidentă şi în cazul operaţiunilor de *divizare simetrică*: acţiunile/părţile sociale ale fiecăreia dintre societăţile nou-constituite sunt repartizate acţionarilor/asociaţilor societăţii divizate proporţional cu cota de participare la capitalul social al societăţii divizate.

590. Rapoartele administratorilor. Administratorii societăţilor participante au obligaţii specifice faţă de societăţile lor izvorâte din natura contractuală şi legală a mandatului lor. Administratorii trebuie să acţioneze în interesul societăţii lor şi să raporteze organului tutelar, acţionarii constituiţi în adunarea generală, toate datele de interes pentru realizarea operaţiunii, în condiţiile respectării drepturilor societăţii proprii. O asemenea hotărâre importantă, cum este aprobarea operaţiunii, nu putea să fie lipsită de punctul de vedere, explicaţiile şi recomandările administratorilor. În acest sens administratorii societăţilor care participa la fuziune sau la divizare trebuie să întocmească un *raport scris* care să justifice juridic şi economic operaţiunea de fuziune sau divizare, să explice detaliat proiectul de fuziune sau de divizare, în special în privinţa ratei de schimb a acţiunilor[1]. În situaţia divizărilor, respectiv a celor nesimetrice, raportul trebuie să conţină şi să fundamenteze criteriile de repartizare a acţiunilor.

Obligaţiile de informare ale administratorilor sunt unele aşteptate faţă de poziţia acestora faţă de societate. Drepturile şi poziţia juridică a acţionarilor şi a societăţilor implicate în operaţiune sunt puternic afectate de modul de desfăşurare a operaţiunii. Mandatul administratorilor nu va înceta decât la momentul radierii societăţilor care-si încetează activitatea. Până la acel moment administratorii răspund în faţa acţionarilor lor. Proiectul de fuziune sau divizare conţine o fotografie a poziţiei financiare a fiecărei societăţi la un moment dat de timp. După acest moment şi până la sfârşitul operaţiunii sunt posibile evoluţii financiare importante. Din această perspectivă administratorii au *o obligaţie specială de raportare*. Astfel, administratorii societăţii divizate sau ai fiecărei societăţi implicate în fuziune trebuie să informeze adunarea generală a societăţii lor asupra oricărei modificări substanţiale a activelor şi pasivelor intervenite între data întocmirii proiectului de divizare/fuziune şi data adunărilor generale care urmează să decidă asupra acestui proiect. Informarea va fi făcută şi în interesul

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 909.

administratorilor celorlalte societăți participante care la rândul lor informează adunările generale ale societăților respective.

Administratorii pot fi exonerați de obligațiile lor specifice de raportare cu acordul tuturor acționarilor/asociaților, la fiecare dintre societățile participante la fuziune sau la divizare. Evident că o asemenea exonerare privește societățile cu un număr restrâns de asociați.

591. Drepturile speciale ale deținătorilor de valori mobiliare. Existența acțiunilor preferențiale, a drepturilor speciale rezervate unei anumite categorii de acționari și a altor drepturi speciale aparținând deținătorilor de valori mobiliare ridică problema regimului acestora odată cu extincția, cu absorbirea societății lor prin fuziune. Regula legală este că acestor titulari trebuie să li se acorde în cadrul societății absorbante rezultate în operațiunea de fuziune drepturi cel puțin echivalente cu cele pe care le dețineau la societatea absorbită. Regula este înlăturată prin conferirea deținătorilor a dreptului de răscumpărare a titlurilor sau când ei individual sau în adunarea lor specială consimt la renunțarea la drepturilor lor speciale Situația este similară și în cazul divizărilor. Deținătorilor de valori mobiliare care conferă drepturi speciale trebuie sa li se acorde în cadrul societăților beneficiare, în conformitate cu proiectul de divizare, drepturi cel puțin echivalente cu cele de care beneficiau în societatea divizată. Excepțiile vor fi în același sens ca la fuziune.

592. Drepturile de informare ale acționarilor. Informarea acționarilor este în general un element constitutiv al adunării generale al acționarilor. În cazul operațiunilor de fuziune și divizare informarea datorată acționarilor transcende cu mult simpla pregătire a adunării generale decizionale. Debitorii obligației speciale de informare a acționarilor sunt societățile participante, prin organele lor reprezentative. Obiectul obligației de informare se întinde asupra tuturor documentelor relevante în realizarea operațiunii: proiectul de fuziune sau de divizare, rapoartele speciale ale administratorilor privind operațiunea, raportul întocmit de experții independenți privind operațiunea și raportul de schimb, raportul cenzorilor sau, după caz, raportul auditorului financiar și informațiile financiare la zi (art. 244 LS). Informațiile financiare cuprind situațiile financiare anuale și rapoartele de gestiune pentru ultimele trei exerciții financiare ale societăților care iau parte la fuziune sau la divizare, situațiile financiare corectate dacă data operațiunii de fuziune sau divizare este ulterioară cu mai mult de șase luni încheierii exercițiului financiar (practic dacă data proiectului de fuziune/divizare este ulterioară datei de 1 iulie). În acest caz se întocmesc situații financiare corectate care nu pot fi mai vechi de trei luni. Exprimarea legală, europeană de fapt, se referă, în mod elegant, la o dată care nu poate fi mai devreme de prima zi a celei de-a treia luni anterioare datei proiectului de fuziune sau de divizare! Datele financiare trebuie să cuprindă și evidența contractelor de valoare peste 10.000 lei fiecare, aflate în curs de executare și repartizarea lor la divizarea societății.

Drepturile de informare ale acționarilor sunt satisfăcute prin punerea la dispoziția acționarilor/asociaților, la sediul societății, a tuturor acestor documente, cu cel puțin o lună înainte de data adunării generale extraordinare convocată să se pronunțe asupra

operațiunii de fuziune sau de divizare. Acționarii sau asociații pot obține, la cerere și gratuit, copii de pe documentele care fac obiectul drepturilor lor de informare.

Prin excepție, pentru scăderea presiunii administrative și a costurilor operațiunii asupra societăților implicate obligațiile de informare ale acționarilor sunt satisfăcute prin publicarea tuturor acestor documente pe pagina web a societății în același interval de timp, cu cel puțin o lună înaintea adunării generale extraordinare decizională. În acest caz acționarii sau asociații pot descărca de pe pagina web a societății și imprima toate documentele de interes, exonerând societatea de furnizarea de copii tipărite de pe ele.

593. Răspunderea specială a administratorilor și experților. Acționarii beneficiază în cazul încetării existenței societății lor ca urmare a operațiunii de fuziune sau divizare de o acțiune specială în răspundere împotriva administratorilor și experților independenți.

Administratorii societății absorbite sau ai societății care este divizată precum și expertul independent angajat pentru verificarea proiectului operațiunii răspund față de acționarii sau asociații acelei societăți pentru neregularitățile comise în pregătirea și realizarea fuziunii sau divizării (art. 245 LS). Răspunderea este una societară specială față de răspunderea socială a administratorilor. În primul rând este vorba doar de societățile care își încetează existența și în consecință acționarii nu mai pot exercita acțiunea socială în răspundere. Acțiunea specială reglementată este conferită direct acționarilor, este o acțiune individuală, nici măcar o acțiune conferit acționarilor *ut singuli* în contul societății. Prin excepție răspunderea se întinde și asupra experților independenți. Acțiunea în răspundere privește faptele și neregularitățile comise de administrator sau expert cu ocazia îndeplinirii atribuțiilor lor în procedura de restructurare societară, urmând arhitectura acțiunii civile delictuale.

594. Dreptul special de retragere. Deși nu este specific operațiunilor de fuziune sau divizare și nu este amintit în procedura specială a acestor operațiuni, probabil cea mai puternică garanție a respectării drepturilor micilor acționari este *dreptul special de retragere* recunoscut acestora. Astfel, acționarii care nu au votat în favoarea unei hotărâri a adunării generale extraordinare de fuziune sau divizare au dreptul de a se retrage din societate și de a solicita cumpărarea acțiunilor lor de către societate (art. 134 LS). Dreptul poate fi exercitat în termen de 30 de zile de la data adoptării hotărârii adunării generale de aprobare a proiectului operațiunii. În cazurile speciale în care adoptarea unei asemenea hotărâri nu este obligatorie dreptul de retragere subzistă și se exercită în termen de 30 de zile de la data realizării publicității proiectului de fuziune sau divizare. Finalitatea garanției acordate micilor acționari nu este atât de bine conturată cum pare. Prețul obținut de acționari pe acțiunilor lor va fi cel stabilit de un expert solicitat de societate (prin oficiul registrului cometului) și este greu de crezut că va fi diferit de expertiza deja realizată de societate sau de concluziile raportului independent existent deja în procedura de fuziune. Finalitatea constă mai mult în șansa de a înstrăina titlurile și de a părăsi societatea decât în obținerea unui preț mai bun. Dreptul respectiv este recunoscut și în materia societăților cotate, dar într-un mod provenit din necorelarea normelor, doar în cazul acționarul care are alocate acțiuni în urma operațiunii într-o societate care nu este tranzacționată pe o piață reglementată.

595. Protecția salariaților. Legea societăților nu are ca obiect protecția salariaților. În cazul transferului întreprinderii, în cazul reorganizării societăților sunt incidente reguli stabilite prin Codul muncii și legea specială (Legea nr. 67/2006 privind protecția drepturilor salariaților în cazul transferului întreprinderii, al unității sau al unor părți ale acestora)[1]. Sunt instituite obligații speciale ale societăților în privința informării și consultării reprezentanților salariaților asupra măsurilor de reorganizare preconizate.

Subsecțiunea a 3-a. Aprobarea adunărilor generale

596. Aprobarea proiectului de fuziune sau divizare. Aprobarea proiectului de fuziune sau divizare implică în primul rând modificări statutare majore. Societățile participante sunt total reformate de punerea în aplicare a proiectului operațiunii. O parte din societăți își încetează existența (societatea divizată în general, societățile absorbite) o parte din societăți absorb valori patrimoniale (societăți absorbante, societăți beneficiare) traduse din punct de vedere statutar în modificări de capital social cu aport în natură[2], o parte pierd părți din patrimoniu (divizare prin desprindere) traduse în reducerea capitalului social, altele sunt constituite de la zero prin operațiuni de fuziune sau divizare (societăți rezultante în fuziunea prin contopire, societăți beneficiare noi etc.). Toate aceste situații impun *modificări de acte constitutive* de competența adunării generale extraordinare a acționarilor. Legea confirmă faptul că fuziunea sau divizarea se hotărăște de fiecare societate în parte, în condițiile stabilite pentru modificarea actului constitutiv al societății (art. 239 LS). Competența aparține adunării generale extraordinare a acționarilor. Condițiile de cvorum și de deliberare vor cele proprii fiecărei societăți participante, pentru fuziune sau divizare, cu excepția cazului când operațiunea are ca efect mărirea obligațiilor asociaților uneia dintre societățile participante, caz în care hotărârea se ia cu unanimitate de voturi (art. 247 LS).

Din punct de vedere al desfășurării temporale procedura cunoaște câteva repere. Adunarea generală extraordinară a fiecărei societăți participante trebuie convocată în mod statutar astfel încât să fie constituită și să delibereze până la împlinirea unui termen de trei luni de la data publicării proiectului de fuziune sau de divizare. Aprobarea adunărilor generale privește proiectul de fuziune sau divizare, în aceeași formă, precum și actele constitutive ale noilor societăți beneficiare înființate prin operațiune.

Legea societară se ocupă de cazuri particulare ale operațiunilor în care sunt implicate societăți din același grup. Fiind vorba de un control unic, formalitatea

---

[1] Legea transpune cu conștiinciozitate Directiva 2001/23/CE privind apropierea legislației statelor membre referitoare la menținerea drepturilor lucrătorilor în cazul transferului de întreprinderi, unități sau părți de întreprinderi sau unități (JOCE L 82 din 22 martie 2001).

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 910. Legea franceză tratează în continuare distinct fuziunea de majorarea de capital în cazul societății absorbante. Deși adunarea generală se pronunță doar asupra fuziunii, este obligatorie expertizarea aportului în natură reprezentat de aportul patrimonial al societăților absorbite separate de expertizarea proiectului de fuziune. Practic sunt necesari două categorii de experți: experți în fuziune care realizează un raport, de obicei comun pentru toate societățile implicate și experți de aport care realizează un raport pentru uzul acționarilor societății absorbante, precum în orice majorare de capital social cu aport în natură. Legea română absolvă societatea de acest al doilea raport.

aprobărilor statutare repetate este doar o povară administrativă pentru grupul respectiv. Din punct de vedere decizional votul în cadrul grupului este o formalitate. Dacă controlul nu este unul total are relevanță respectarea procedurii în societățile controlate din perspectiva respectării drepturilor acționarilor minoritari. Aprobarea fuziunii poate deci, prin excepție, lipsi în cazul unor operațiuni cu caracteristici speciale. În situația de tip holding, când societățile absorbite sunt deținute în totalitate de societatea absorbantă aprobarea operațiunii în aceste societăți participante este inutilă. Societățile absorbite își încetează existența, iar patrimoniul lor se întoarce la societatea-mama care le-a constituit. Chiar și aprobarea în adunarea generală extraordinară a societății absorbante poate să lipsească în condițiile în care fiecare dintre societățile implicate în fuziune a îndeplinit cerințele de publicitate a proiectului de fuziune, iar drepturile de informare ale acționarilor societății absorbante au fost satisfăcute, dacă aceasta nu este solicitată expres de unul sau mai mulți acționari/asociați ai societății absorbante, deținând cel puțin 5% din capitalul social subscris (art. 246^1 LS). În situația în care societatea absorbantă deține peste 90% din drepturile de vot ale societăților absorbite, dar nu totalitatea, în condițiile respectării cerințelor și drepturile instituite în cazul anterior, aprobarea fuziunii de către adunarea generală a societății absorbante nu este necesară.

597. Publicitatea hotărârilor și încheierea operațiunii. Hotărârile adunărilor generale ale societăților participante sunt supuse publicității conform regulilor tipurilor societare incidente. În baza acestor hotărâri are loc modificarea corespunzătoare a societăților participante. Actul modificator al actului constitutiv al societății absorbante se înregistrează în registrul comerțului de la sediul societății și este supus publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. În privința societăților absorbite, care își încetează existența, publicitatea aferentă radierii este efectuată de societatea absorbantă, dacă administratorii acestora nu au realizat-o, în termen de 15 zile de la înregistrarea modificării societății absorbante.

Secțiunea a 3-a. Proceduri speciale

598. Autorizarea administrativă a operațiunilor de fuziune și divizare indusă de domeniul de activitate. Legea societăților conține reglementarea generală a societăților cu personalitate juridică. Divizarea și fuziunea sunt operațiuni guvernate, în privința oportunității lor, de voința asociaților exprimată în cadrul legal specific. În funcție de obiectul de activitate, societățile pot fi supuse unui regim special de reglementare și supraveghere. Norme speciale în privința fuziunii și divizării, instituind și *o fază de autorizare administrativă,* sunt incidente în domeniul instituțiilor de credit, al asigurărilor, al pieței de capital. În cazul activării în aceste domenii de activitate reglementate și supravegheate administrativ de autorități autonome *autorizarea administrativă* prealabilă este obligatorie.

În domeniul pieței de capital autorizarea reorganizării societății privește doar entitățile reglementate, societăți cu obiect de activitate propriu tranzacționării instrumentelor financiare care sunt supuse autorizării și în privința constituirii lor. Astfel, societățile de servicii de investiții financiare (SSIF) sunt supuse autorizării

administrative în cazul modificărilor statutare provenite din operațiuni de fuziune sau divizare (art. 16 din Regulamentul nr. 32/2006, art. 18 din Legea nr. 297/2004). Societățile de administrare a investițiilor (SAI) sunt supuse autorizării administrative a operațiunilor de divizarea sau fuziune (art. 123 din Legea nr. 297/2004). Societățile de tip operator de piață sau operator de sistem sunt supuse autorizării administrative a fuziune sau divizării [art. 126 alin. (2) din Legea nr. 297/2004].

Societățile cotate reglementate de legislația valorilor mobiliare, deși nu cunosc o procedură specială de autorizare administrativă, prezintă câteva particularități. Nivelul de informare aferent acestor societăți este vizibil mai ridicat. Reglementările secundare ale pieței de capital stabilesc conținutul documentului de informare aferent operațiunii (Regulamentul nr. 1/2006, Anexa 18), iar legea pieței de capital stabilește un drept special de retragere pentru acționarii societăților cotate când în urma unei operațiuni de restructurare le sunt alocate acțiuni la o societate care nu este admisă la tranzacționare (art. 132 din Regulamentul nr. 1/2006, art. 242 din Legea nr. 297/2004).

599. Autorizarea administrativă a operațiunilor de fuziune și divizare indusă de regulile concurențiale. Domeniul concurenței[1] conține norme speciale cu finalitatea protejării intereselor majore *în protecția, menținerea și stimularea concurenței* și a unui mediu concurențial normal. Operațiunile de restructurare societară pe calea *concentrărilor economice* realizate prin fuziuni fac obiectul reglementării atente concurențiale.

Astfel de concentrări, în funcție de cota din piața relevantă acoperită de societățile participante, pot fi de natură să denatureze concurența liberă. Legea concurenței și autoritățile administrative de supraveghere (Consiliul Concurenței în plan național și Comisia Europeană la nivelul Uniunii) au competența *autorizării concentrărilor prin fuziune*. Dincolo pragul legal de relevanță toate operațiunile de fuziune necesită raportarea prealabilă și autorizarea administrativă.

Temeiul european al reglementării este Regulamentului privind concentrările economice[2], care are o fundamentare în dreptul european primar (în tratatele de bază) destul de fragilă. Este indicat ca fundamentat pe art. 308 din Tratat (forma veche, în prezent devenit art. 352 TFUE), după care, în cazul în care o acțiune a Uniunii se dovedește necesară în cadrul politicilor definite în tratate, pentru a atinge unul dintre obiectivele menționate în tratate, fără ca acestea să fi prevăzut atribuțiile necesare în acest sens, Consiliul (hotărând în unanimitate la propunerea Comisiei și după aprobarea Parlamentului European) adoptă măsurile corespunzătoare.

Definirea *dimensiunii europene* atrage aplicabilitatea obligatorie a regulamentului european și competențele fixate pentru Comisie în acest domeniu. *Pragul de semnificație* prezent este obținut prin concursul a două condiții simultan aplicabile: 1. cifra de afaceri totală (realizată atât în uniune cât și în afara ei de toate întreprinderile implicate depășește 5.000 de milioane de euro; 2. cifra de afaceri totală realizată în Uniune, de către cel puțin două întreprinderi separate implicate în concentrare depășește 250 de milioane de euro. Totuși, prin excepție, pragul european de relevanță astfel atins este

[1] Legea nr. 21/1996 – Legea concurenței, republicată și modificată.

[2] Regulamentul (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi.

refuzat dacă întreprinderile implicate realizează mai mult de două treimi din cifra lor totală de afaceri la nivel european în același stat membru.

Dacă acest prim test nu este satisfăcut dimensiunea europeană poate fi totuși atinsă prin intermediul unui al doilea test, subsidiar. Acesta cuprinde patru variate distincte de atingere a dimensiunii europene: 1. cifra totală de afaceri realizată la de toate întreprinderile implicate depășește 2.500 de milioane de euro (referirea este la un nivel european și extraeuropean cumulat); 2. cifra totală de afaceri (cumulată deci) realizată de toate întreprinderile implicate în fiecare din cel puțin trei state membre în care acestea activează depășește 100 de milioane de euro; 3. cifra totală de afaceri realizată de fiecare din cel puțin două dintre întreprinderile implicate depășește 25 de milioane de euro în fiecare din cel puțin trei state membre în care acestea activează; 4. cifra totală de afaceri realizată în Uniune de către fiecare din cel puțin două dintre întreprinderile implicate depășește 100 de milioane de euro.

Și în cazul acestor teste este prevăzută o excepție de teritorialitate, respectiv nerecunoașterea dimensiunii europene dacă fiecare dintre întreprinderile implicate realizează mai mult de două treimi din cifra lor totală de afaceri la nivel european în jurisdicția unui singur stat membru[1].

Dincolo de competența europeană astfel stabilită competența națională revine *Consiliului Concurenței* care va recepționa notificările prealabile obligatorii și autorizează în mod prealabil concentrările economice rezultate din fuziunile de drept intern.

Secțiunea a 4-a. Efecte juridice

600. Finalizarea operațiunii. Operațiunile de fuziune și divizare sunt specii de modificări statutare care implică cel puțin două societăți participante. Modificările induse de fuziune și divizare privesc majorări de capital social, reduceri de capital social sau constituiri de societății cu personalitate juridică noi, fără limitări în privința formei societare.

În privința finalizării operațiunilor sunt importante atât consecințele operațiunii, dar și momentul din care ele se produc.

Legea societăților declară închiderea operațiunii în funcție de o caracteristică a restructurărilor: apariția sau nu a societăților nou înființate. În cazul constituirii uneia sau mai multor societăți noi, operațiunea este completă și sunt produse efecte juridice de la data înmatriculării în registrul comerțului a noii societăți sau a ultimei dintre ele.

În cazul lipsei de societăți nou înființate (fuziune prin absorbție, divizare prin absorbție, desprindere sau aport patrimonial către o societate existentă) momentul de la care se produc efectele operațiunii este cel al înregistrării ultimei modificări statutare, respectiv data înregistrării în registrul comerțului a hotărârii ultimei adunări generale care a aprobat operațiunea. Legea societăților preia și o formă aparte de stabilire a datei efectelor operațiunii, prin voința părților[2]. Această dată stabilită prin acordul societăților implicate nu poate fi ulterioară încheierii exercițiului financiar curent (valabil

[1] Art. 1 alin. (2) și (3) din Regulamentul nr. 139/2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 687.

pentru societățile existente, adică societatea absorbantă sau societățile beneficiare) și nici anterioară încheierii ultimului exercițiu financiar încheiat al societăților ce își încetează existența și își transferă fără lichidare patrimoniul (art. 249 LS).

Data de la care operațiunea produce efecte este importantă atât pentru terți cât și pentru acționari. Din punctul de vedere al terților rămâne de fapt regula realizării publicității care realizează opozabilitatea față de ei. Prevederile legale urmează acest regim al opozabilității stabilind practic ca moment final al operațiunii momentul când operațiunea devine opozabilă pentru toți creditorii. Din punct de vedere al acționarilor regimul este același. Doar după înregistrarea modificărilor statutare sau constituirii de societăți noi drepturile lor devin actuale și pot fi exercitate. Din punctul lor de vedere durata de timp dintre stabilirea drepturilor lor (întocmirea proiectului de fuziune sau divizare care are ca punct de reper data comună a situațiilor financiare) și nașterea efectivă a lor (momentul finalizării operațiunilor statutare) se poate dovedi importantă. În această perioadă societatea absorbantă sau societățile beneficiare înregistrează evoluții patrimoniale uneori importante. Pierderile rezultate în activitate reduc valoarea reală a drepturilor patrimoniale ale acționarilor. Cu toate acestea acționarii trebuie să suporte riscul, iar operațiunea va rămâne valabilă în forma aprobată de adunarea generală, redimensionarea la zi a raportului de schimb neputând fi posibilă[1].

601. Consecințele juridice ale fuziunii și divizării. Consecințele juridice ale operațiunilor sunt așteptate, cât timp fuziunea și divizarea sunt definite chiar prin efectele lor. În principiu este vorba de realizarea celor două translatări specifice: patrimonial, prin dizolvarea fără lichidare a societăților ce și încetează existența și transferul universal al drepturilor și obligațiilor lor către societățile beneficiare și translatare în persoana asociaților, respectiv asociații societăților care-și încetează existența sunt preluați de societățile beneficiare prin alocarea unui număr de acțiuni la ceste societăți conform unui raport de schimb calculat prin operațiune.

Cele două translatări dau efectele specifice ale divizării și fuziunii: *transferul patrimonial* către societatea absorbantă sau către fiecare dintre societățile beneficiare a tuturor drepturilor și obligațiilor societății absorbite/divizate (pasiv și activ), transfer ce va fi direcționat și efectuat în conformitate cu regulile de repartizare stabilite în proiectul de fuziune/divizare și *transferul acționarilor* societăților care dispar, respectiv acționarii sau asociații societății absorbite sau divizate devin acționari, respectiv asociați ai societății absorbante, respectiv ai societăților beneficiare, repartizare stabilită și ea în proiectul de fuziune/divizare.

Specific operațiunilor este *efectul extinctiv* potențial. Astfel, societatea absorbită din fuziunea prin absorbție sau contopire ca și societatea divizată în toate cazurile generale încetează să existe, încetare realizată pe cale dizolvării neurmată de lichidare, ci de transmiterea universală sau cu titlu universal a patrimoniului către societăți beneficiare[2].

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 914.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 688. Efectul extinctiv al societății absorbite nu poate să fie instantaneu, putând fi întârziat, asemeni apelor unui râu care „la gura de vărsare apa nu se amesteca imediat în mare".

Din punctul de vedere al societăților beneficiare efectele operațiunii sunt acelea ale unei *majorări de capital social* având regimul unui aport în natură[1]. Societățile absorbante sau beneficiare se bucură de dobândirea, de la data consolidării efectelor operațiunii, a unui activ și un pasiv patrimonial. Din punct de vedere al activului patrimonial primit societățile beneficiare se bucură de toate drepturile transmise de societățile absorbite. În privința clauzelor de restricționare a transferului titlurilor pentru societatea absorbantă trebuie avut în vedere că modificarea actului constitutiv al societății absorbante, subsecvent fuziunii, urmează regulile proprii de adoptare în adunarea generală. În concluzie existența unor clauze speciale determină un regim propriu de adoptare, care poate fi chiar regimul unanimității[2]. Activul patrimonial transmis de societățile absorbite sau divizate poate să conțină chiar el titluri de participare la terți, supuse restricțiilor de transferabilitate, contracte *intuitu personae* sau acte administrative de autorizare[3]. În toate cazurile trebuie soluționată problema transferului acestor drepturi particulare ca efect al transferului universal al patrimoniului societății absorbite sau divizate către societatea absorbantă sau beneficiară. În principiu, față de terți transmiterea universală nu are o valoare diferită de opozabilitate, respectiv este un transfer pur și simplu între subiecte de drept care trebuie să se supună regulilor acelui raport juridic particular. În măsura în care contractele erau strict *intuitu personae* sau transferul drepturilor este valabil restricționat, aceste impedimente acționează și în cazul fuziunii sau divizării, ca la orice transfer[4].

Din punctul de vedere al pasivului patrimonial transmis[5], obligațiile societății absorbite sau divizate sunt asumate de societatea absorbantă sau beneficiară[6]. Creditorii societății absorbite nu sunt condiționați cu nimic de exercitarea drepturilor lor împotriva societății absorbante datorită succesiunii legale universale[7].

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 686.

[2] În sensul că fuziunile sau divizările implică un transfer universal de patrimoniu, iar procedurile speciale de *agrement* nu se aplică asociaților societăților absorbite, a se vedea *Ph. Merle*, op. cit., p. 917.

[3] *S. Angheni*, Unele aspecte teoretice și practice privind efectele fuziunii comerciale, în Juridica nr. 5/2001. Actele administrative individuale de autorizare sunt intim legate de persoana autorizată.

[4] *Ph. Merle*, op. cit., p. 917.

[5] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 252/1993, în Dreptul nr. 9/1994, p. 84: „Deși depozitul (pentru care există încheiat un contract de închiriere) a revenit în patrimoniul reclamantei, în urma unei divizări, aceasta nu putea determina încetarea contractului de închiriere, cum s-a solicitat prin acțiune, întrucât pârâta, în calitate de locatară, în baza unui contract valabil încheiat, și-a îndeplinit corect obligațiile ce îi reveneau, și ca atare, era îndreptățită să folosească spațiul închiriat până la expirarea perioadei de 5 ani stabilită prin contract".

[6] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 500/1998, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1999, op. cit., p. 308: „Instanța a reținut că pârâta a preluat ca efect al fuziunii și executarea obligațiilor din contractul de locație astfel că față de debitele înregistrate privind plata prețului locației de gestiune, datorează reclamantei sumele pretinse".

[7] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 3782/1998, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1999, op. cit., p. 264: „Împrejurarea că intimata-reclamantă nu a făcut opoziție la fuziunea prin absorbție a celor două societăți nu o împiedică să-și valorifice pretențiile în

În materia divizării transmiterea patrimonială, atât activ cât și pasiv, de la societatea divizată la societatea beneficiară este una cu titlu universal, se transmite o fracție a patrimoniului[1]. Regimul legal intern este consecvent în a institui o răspundere solidară limitată pentru debitele societății divizate, pentru toate societățile beneficiare, proporțional cu aportul patrimonial primit de la societatea divizată, alături de societatea beneficiară direct obligată care răspunde pentru întreaga datorie. Regimul este greu de aplicat și probabil soluția alternativă (de drept european și francez), răspunderea solidară și nelimitată a tuturor societăților beneficiare în subsidiar față de societatea beneficiară direct obligată, este mai facilă.

În cazul divizării prin desprindere (prin aport patrimonial), asimilarea cu operațiunea de divizare face aplicabile toate normele privind transferul unei fracții patrimoniale de la societatea aportatoare la societatea beneficiară[2].

Operațiunile de divizare și fuziune au efecte importante asupra *organelor statutare* ale societății. Societățile divizate, alături de societățile absorbite, își pierd organele statutare odată cu încetarea existenței lor. Mandatul administratorilor și al membrilor directoratului, al auditorilor și cenzorilor, încetează de drept odată cu realizarea fuziunii sau divizării. În privința societăților absorbante sau beneficiare modificările statutare pot privi mai mult decât aportul patrimonial, ducând în mod uzual la mărirea organelor de administrare și control cu membrii din conducerea societăților dispărute. Astfel de avantaje rezervate administratorilor și cenzorilor trebuie relevate acționarilor fiindcă imparțialitatea lor și apărarea intereselor acționarilor societăților absorbite sau divizate ar putea fi compromisă în favoarea societăților beneficiare.

Nu este exclusă nici pierderea independenței societății absorbante, în cazurile atipice când societatea absorbantă este de dimensiuni mai reduse decât cele ale societății absorbite. În acest caz societatea absorbantă își poate schimba controlul, acționarii sau participarea lor provenită de la societatea absorbită fiind mai numeroasă decât cea proprie[3]. Modalitățile practice ale operațiunii sunt extrem de variate, iar scopurile și finalitatea operațiunii poate fi foarte diferită.

602. Efectele operațiunii asupra deținerilor reciproce de titluri. Efectele legale trebuie să soluționeze și situația destul de întâlnită în practică a *deținerilor reciproce* între societățile implicate în fuziune sau divizare. Prima ipoteză privește situația fuziunilor. Deținerea de acțiuni ale societății absorbite de către societatea absorbantă ar însemna, odată cu încetarea societății absorbite, alocarea către societatea absorbantă a propriilor acțiuni (în schimbul acțiunilor la societatea absorbită). Legea societară interzice această ipoteză: acțiunile deținute de societatea absorbantă, direct sau prin intermediul unei persoane acționând în nume propriu, dar în contul societății, la

---

legătură cu spațiul închiriat (...) fiind de principiu că societatea absorbantă preia activul și pasivul societății absorbite".

[1] C.A. Brașov, Secția civilă, decizia nr. 13/R/1993: „Divizarea în 1990 a O.N.T. Carpați, a produs un efect extinctiv prin încetarea personalității juridice a acesteia și un efect creator – înființarea SC «P.V.» și SC «P.» Brașov, ultima preluând fracțiunea de patrimoniu, considerată ca universalitate juridică, aferentă tuturor unităților de turism din Municipiul Brașov".

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 918.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 692.

societatea absorbită, nu dau dreptul la schimbul lor cu acțiuni la societatea absorbantă[1]. Nici ipoteza deținerii propriilor acțiuni de către societatea absorbită nu are o reglementare favorabilă. Astfel, deținerea propriilor acțiuni de către societatea absorbită, nu dă acesteia dreptul la acțiuni la societatea absorbantă în loc[2] (poate fiindcă societatea absorbită își încetează existența).

Nici în cazul divizării, acțiunile deținute de societatea beneficiară la societatea divizată nu dau dreptul la schimbul lor cu acțiuni la societatea beneficiară (propriile acțiuni). Nici acțiunile societății divizate deținute chiar de societatea divizată nu dau dreptul la acțiuni la societatea beneficiară (art. 250 LS).

Secțiunea a 5-a. Nulitatea operațiunii de fuziune și divizare.

603. Nulitatea operațiunilor de fuziune și divizare. Nulitatea fuziunii/divizării societăților este alt punct de ocurență comercială a unei nulități *sui generis*, o nulitate cu configurație proprie, asemănătoare în multe privințe nulității societății cu personalitate juridică (nulități holiste, nulități de tip organism).

Ca și procedura de constituire a societății cu personalitate juridică, procesul de divizare/fuziune este o procedură completă cu două dimensiuni, *voliționalã* și de *control al autorității*, care implică un număr de acte juridice de drept privat și de autoritate, procedură care are vocația de a da naștere sau de a induce încetarea unora dintre societățile participante. Chiar dacă o asemenea vocație nu devine neapărat manifestă (operațiunile pot privi și doar societăți existente) modificările persoanelor juridice implicate obligă (ca orice modificare de drept societar) la o *etapă convențională* (proiect de divizare/fuziune, hotărâre a adunării generale a acționarilor/asociaților, act adițional) și o *etapă de control al autorității* (autorizare prealabilă, acolo unde este aplicabilă, încheiere de înregistrare în registrul comerțului).

Și nulitatea operațiunii de fuziune sau divizare planează asupra unui mănunchi de acte juridice și are de soluționat și problema unor raporturi juridice conexe. Handicapul acestei nulități este reglementarea mai relaxată și un interes mai scăzut pentru reglementarea efectelor juridice concrete ale sancțiunii.

604. Divizarea și fuziunea societății, subiect de nulitate specială[3]. Operațiunile de divizare și fuziune pot fi explicitate și ele prin mănunchiuri de acte juridice, de drept privat și de drept public, cu impact deosebit asupra societăților participante, inclusiv în privința extincției și nașterii de persoane juridice noi. Atât fuziunea, cât și divizarea au vocația atât a constituirii de societăți noi (beneficiare), cât și a încetării fără lichidare a societăților existente (societăți absorbite, societăți dizolvate etc.). Rațiunile reglementării *nulității societății* pot fi regăsite și în preajma nulității fuziunilor și divizărilor.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 902. Fuziunea este însoțită de anularea acțiunilor deținute de societatea absorbantă la societățile absorbite (fuziune-anulare).

[2] Soluția de drept francez este diferită. Acțiunile proprii ale societății absorbite pot fi reținute ca acțiuni proprii ale societății absorbante cu respectarea regimului acestor acțiuni, în special a cotei maxime de deținere (art. L 225-213 C.com. francez). *Ph. Merle*, op. cit., p. 902.

[3] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit., p. 106.

Similaritățile merg destul de departe și probabil dacă s-ar încerca construirea unui nulități aparte, a unei nulități holiste în dreptul privat, a unei nulități aplicabile la un nivel superior actului juridic individual, aceasta ar trebui fundamentată pe configurația comună a nulității societății și a nulității fuziunii și divizării societare. Ambele au origini europene exprese, loc de unde este translatată atât reglementarea nulității societății cât și nulitatea fuziunii și divizării[1].

605. Nulitatea hotărârii adunării generale de aprobare a proiectului de fuziune/divizare și nulitatea operațiunii de fuziune/divizare. Abordarea veche a nulității de operațiune (fuziune/divizare) era una orientată spre actul juridic. Nulitatea hotărârii adunării generale a acționarilor (din societățile participante) având ca obiect proiectul operațiunii particulare a fost receptată de obicei ca nulitate a fuziunii sau divizării. În prezent, distincția dintre această hotărâre a adunării generale și operațiunea în sine este una legală expresă. În lectura prezentă a legii (a directivelor europene transpuse de fapt) starea hotărârii adunării generale care a votat proiectul fuziunii sau al divizării de a fi nulă sau anulabilă este o condiție suficientă pentru nulitatea operațiunii. Relația este însă una de incluziune. Alături de această ipoteză, nulitatea fuziunii/divizării mai cunoaște încă o premisă de realizare: lipsa controlului judiciar în conformitate cu reglementarea legală (art. 37 LS).

Premisa lipsei controlului judiciar (sau administrativ) de verificare a legalității este un fetiș de drept european care are relevanță în sistemele de drept în care actele juridice societare nu sunt supuse unei scrutări specializate. Lucrurile nu stau în acest mod în sistemul nostru de drept în care controlul autorității este instituit sub forma încheierii judecătorului delegat pe lângă oficiul registrului comerțului. Situația se prezintă în același mod și în privința nulității societății, unde „nerespectarea reglementărilor de control preventiv" a fost înlocuită (cu ceva discuții privind echivalența formulărilor) cu lipsa încheierii judecătorului delegat și lipsa autorizărilor administrative (prealabile).

În privința nulității fuziunii și divizării formularea europeană este păstrată intactă, cu trimiterea națională la competențele judecătorului delegat. În afară de încheierea judecătorului delegat care trebuie să însoțească orice înregistrare în registrul comerțului (este o premisă necesară), controlul autorității mai are o funcție în materia fuziunii/divizării, respectiv avizarea și realizarea publicității proiectului operațiunii. Dacă, la fel ca și în privința nulității societății, încheierea de înregistrare în registrul comerțului este greu de conceput că poate să lipsească (cât timp ea este condiția necesară și temeiul înregistrării în registru), regularitatea și avizarea proiectelor de divizare/fuziune este posibil să aibă de suferit. Reținem, în oglindă cu nulitatea societăților, normele

[1] Normele interne ale fuziunii și divizării provin din trei directive europene, fiindcă în dreptul european nulitatea este tratată separat pentru fuziuni, divizări și fuziuni transfrontaliere, operațiuni care au câte un izvor normativ diferit: Directiva a III-a 78/855/CEE a Consiliului privind fuziunile societăților pe acțiuni, recodificată prin Directiva 2011/35/UE, Directiva a VI-a 82/891/CEE a Consiliului privind divizarea societăților pe acțiuni, modificată în principal prin Directiva 2009/109/CE și Directiva 2005/56/CE a Parlamentului European și a Consiliului privind fuziunile transfrontaliere ale societăților pe acțiuni. Reglementarea română, art. 251 LS (forma prezentă), corespunde art. 22 din Directiva 2011/35/UE privind fuziunile și art. 19 din Directiva a VI-a 82/891/CEE privind divizările.

imperative privind *caracterul judiciar* al nulității și *caracterul limitativ* al cauzelor în care nulitatea fuziunii sau divizării este admisibilă[1].

Textul legal (cu ascendență europeană, bineînțeles) se ocupă strict de nulitatea unei operațiuni consolidate, respectiv nulitatea verificată după momentul în care fuziunea sau divizarea își produc efectele (operațiunea este considerată încheiată). Anterior momentului legal al încheierii operațiunii normele speciale studiate nu sunt aplicabile. Distincția este importantă fiindcă nulitatea fuziunii/divizării este subiectul unor limitări date nu doar de motivele invocate, ci și de prescripție (cu necesitatea fixării momentului de la care ea începe să curgă). Aplicând strict instituția acestor nulități exprese nu putem să nu ținem cont de momentul când ea devine manifestă: momentul înregistrării societății pentru nulitatea societății cu personalitate juridică și momentul consolidării[2] efectelor fuziunii/divizării pentru nulitatea acestor operațiuni. Luând notă de aceste momente rezultă că, în mod teoretic, acțiunea în anularea hotărârii adunării generale care a aprobat proiectul de fuziune/divizare este o acțiune regulat introdusă înainte de „consolidarea" operațiunii, însă după acest moment acțiunea este absorbită de acțiunea în „nulitatea operațiunii" existând doar în interiorul și cu motivația acesteia.

Subsecțiunea 1. Procedura și limitările

606. Regimul juridic. Recunoaștem și în privința nulității fuziunii/divizării caracterul *sui generis* al nulității, exercitarea acțiunii în condițiile speciale legiferate, nu în interiorul acțiunii de gen a nulității. Am specificat deja *caracterul judiciar* al acestei nulități (a cărui afirmare devine necesară și în sistemul nostru de drept după recunoașterea nulităților amiabile de Codul civil).

În privința nulității fuziunii/divizării trebuie fixată relația dintre aceasta și alte nulități incidente în materia fuziunii/divizării după momentul consolidării operațiunilor, respectiv singura nulitate care mai subzistă momentului consolidării efectelor fuziunii/divizării este această nulitate specială. Din această perspectivă o nulitate specială a hotărârii adunării generale a acționarilor în această materie apare ca absorbită de nulitatea *sui generis*. Nu acceptăm formalismul de a o declara ca inadmisibilă, după data consumării efectelor fuziunii/divizării, doar pentru ca nu s-a solicitat în principal

---

[1] Textele europene subliniază interdicția pronunțării nulității pentru alte motive decât cele fixate limitativ: „fuziunile (în același mod și pentru divizări) pot fi declarate nule doar dacă legalitatea lor nu a fost supusă controlului preventiv judiciar sau administrativ, dacă nu au fost întocmite sau certificate în forma legală adecvată sau dacă se arată că decizia adunării generale este nulă sau poate fi anulată în conformitate cu dreptul național" – art. 22 din Directiva 2011/35/UE și art. 19 din Directiva a VI-a; în același sens este art. 251 alin. (2).

[2] Ne referim la momentul când fuziunea sau divizarea „produc efecte": „a) în cazul constituirii uneia sau mai multor societăți noi, de la data înmatriculării în registrul comerțului a noii societăți sau a ultimei dintre ele; b) în alte cazuri, de la data înregistrării hotărârii ultimei adunări generale care a aprobat operațiunea, cu excepția cazului în care, prin acordul părților, se stipulează că operațiunea va avea efect la o altă dată, care nu poate fi însă ulterioară încheierii exercițiului financiar curent al societății absorbante sau societăților beneficiare, nici anterioară încheierii ultimului exercițiu financiar încheiat al societății sau societăților ce își transferă patrimoniul".

nulitatea specială statuată pentru operațiunea de fuziunea/divizare. Doar că instanțele sunt în drept să califice cererea ca o acțiune în *nulitatea fuziunii/divizării*.

Efectul cel mai important pe care îl are până la urmă nulitatea *sui generis* în privința hotărârilor adunărilor generale de aprobare a operațiunilor este limitarea, indirectă, a imprescriptibilității acțiunii în nulitate, bazată pe motive de nulitate absolută. Într-adevăr, hotărârea adunării generale invocate poate, în mod expres detaliat de legea societăților, să fie „nulă sau anulabilă". Textul distinge între nulitatea absolută și nulitatea relativă, nulități reglementate expres în privința nulității hotărârii adunării generale a acționarilor, inclusiv în privința imprescriptibilității acțiunii în nulitate absolută (art. 132 LS).

Dacă această acțiune în nulitatea fuziunii/divizării absoarbe nulitățile actelor juridice particulare implicate – cu observarea directă a hotărârilor adunărilor generale ale acționarilor – regimul juridic al acestei nulități *sui generis* va fi cel care va prevala. Or, în mod expres, nulitatea *sui generis* este una limitată în timp, *strict prescriptibilă*.

Dreptul la acțiune în privința acestei nulități se prescrie în termen de șase luni de la data la care efectele fuziunii/divizării s-au consumat [art. 251 alin. (3) LS]. Avem o coliziune între norme. Pe de o parte, acțiunea împotriva hotărârii adunării generale a acționarilor care a aprobat proiectul de fuziune/divizare, pentru motive de nulitate absolută, este imprescriptibilă, pe de altă parte, acțiunea în nulitatea fuziunii/nulității se prescrie în timp de șase luni de la data producerii efectelor operațiunii. Așa cum am opinat, conflictul de norme trebuie soluționat în favoarea nulității *sui generis* care absoarbe nulitatea de drept comun (chiar absolută fiind). Deși s-ar putea obiecta că abaterea de la regimul nulității absolute nu este una expresă (așa cum ar trebui să fie fixată orice excepție) finalitatea și modalitatea de reglementare a acestei nulități *sui generis* a fuziunii/divizării nu ar trebui să permită îndoieli în această privința. Formularea legală specială se străduiește să acopere în privința prescripției nulității operațiunilor atât nulitatea relativă cât și pe cea absolută prin modul de formulare: „procedurile de anulare și de declarare a nulității fuziunii sau divizării nu pot fi inițiate după expirarea unui termen de șase luni (...)" [art. 251 alin. (3) LS].

607. Remedierea. Această nulitate, ca și nulitatea societății cu personalitate juridică, este în primul rând una remediabilă până la momentul fixării ei jurisdicționale[1].

[1] Art. 22 din Directiva 2011/35/UE și art. 19 din Directiva a VI-a. „Pentru conformitate" textul european (din directiva privind fuziunile, cel din textul privind divizările fiind identic) are următoarea formă: „(1) Legislațiile statelor membre pot adopta dispoziții privind nulitatea fuziunilor doar în conformitate cu următoarele condiții: a) nulitatea trebuie pronunțată prin hotărâre judecătorească; b) fuziunile care produc efecte în temeiul art. 17 pot fi declarate nule doar dacă legalitatea lor nu a fost supusă controlului preventiv judiciar sau administrativ, dacă nu au fost întocmite sau certificate în forma legală adecvată sau dacă se arată că decizia adunării generale este nulă sau poate fi anulată în conformitate cu dreptul național; c) procedurile de anulare nu pot fi inițiate după expirarea unui termen de șase luni de la data la care fuziunea este opozabilă persoanei care invocă nulitatea sau dacă situația a fost rectificată; d) dacă neregula care poate conduce la anularea unei fuziuni poate fi remediată, instanța competentă acordă societăților implicate un termen pentru rectificarea situației; e) hotărârea de pronunțare a nulității fuziunii se publică în modul prevăzut de legislația fiecărui stat membru în conformitate cu art. 3 din Directiva 2009/101/UE; f) opoziția terților, dacă legislația unui stat membru prevede acest

Procedura de remediere se vrea mai detaliată decât cea privind nulitatea societății cu personalitate juridică. Textul impune de această dată ca instanța judecătorească învestită cu o acțiune în nulitatea divizării sau fuziunii să acorde societăților implicate un termen pentru rectificare, dacă nulitatea „poate fi remediată". Evident că posibilitatea remedierii rămâne tot sub imperiul aprecierii instanței.

Altă normă de procedură privește acțiunea în nulitate a operațiunii de fuziune sau divizare în situația în care motivele au fost remediate în mod voluntar până la momentul sesizării instanței (premisa fiind că ele au existat la definitivarea fuziunii/divizării). În acest caz legea vorbește de faptul că acțiunea nu poate fi „inițiată". Pare un adevărat *fine de neprimire*, o inadmisibilitate a acțiunii. În realitate, instanța trebuie oricum să verifice existența motivelor de nulitate (altfel acțiunea este lipsită de interes) și remedierea lor până la momentul sesizării instanței. Doar după aceste verificări acțiunea poate fi respinsă.

Ceea ce merită reținut este aceeași conformație particulară a nulității *sui generis* a fuziunii/divizării. Motivele de nulitate nu sunt analizate la data încheierii actelor (a operațiunii în sensul finalizării fuziunii/divizării), ci în mod imperativ la data pronunțării hotărârii judiciare (nici la momentul sesizării cât timp dreptul de „remediere" se păstrează și după acest moment). Momentul când se stinge această facultate de remediere recunoscută societăților nu mai este prevăzut expres ca în cazul nulității societății (până la punerea concluziilor pe fond). Dreptul de remediere pare a înceta în fața instanței de apel (nu în fața instanței de fond ca la nulitatea societății). În primul rând o limitare expresă a acestui drept nu este legiferată – textul se referă doar la „instanța competentă" care va acorda un termen pentru remediere. Mai departe, efectele juridice ale nulității fuziunii/divizării sunt legate de „hotărârea definitivă" de declarare a nulității – care se înaintează oficiului registrului comerțului spre înregistrare și publicare în Monitorul Oficial. Hotărârea va fi definitivă, în condițiile noului Cod de procedură civilă, la expirarea sau epuizarea căilor de atac (art. 634 C.proc.civ.). Legând efectele nulității de acest moment, legea permite implicit remedierea până la acest moment. Concluzia poate fi forțată fiindcă în privința nulităților speciale textele nu au fost corelate cu noile norme procedurale. Legea societăților a fost modificată sistematic în sensul instituirii apelului ca singură cale de atac în domeniu (în materia opoziției, a încheierilor judecătorului delegat, a acțiunii în anulare a hotărârilor adunărilor generale,

---

lucru, poate fi exprimată doar în termen de șase luni de la publicarea hotărârii în modul prevăzut în Directiva 2009/101/UE; g) hotărârea care pronunță nulitatea fuziunii nu aduce atingere prin ea însăși valabilității obligațiilor în sarcina sau în beneficiul societății absorbante, angajate înainte de publicarea hotărârii și după data prevăzută în art. 17; h) societățile care au participat la fuziune au o răspundere solidară pentru obligațiile societății absorbante prevăzute la lit. g).

(2) Prin derogare de la alin. (1) lit. a), legislația unui stat membru poate prevedea pronunțarea nulității unei fuziuni de către o autoritate administrativă, dacă o astfel de decizie poate fi contestată în instanță. Lit. b), d), e), f), g) și h) se aplică prin analogie autorității administrative. Aceste proceduri de anulare nu pot inițiate după expirarea unui termen de șase luni de la data prevăzută în art. 17.

(3) Dispozițiile anterioare nu aduc atingere legislațiilor statelor membre privind nulitatea unei fuziuni pronunțată ca urmare a unei monitorizări, alta decât controlul preventiv judiciar sau administrativ al legalității".

cererilor de excludere/retragere, cererile în materie de dizolvare și lichidare). Totuși legiuitorul nu a instituit o regulă societară generală, ci a reglementat fiecare caz în parte. Acțiunile în nulitate specială (art. 56 și art. 251 LS) nu au instituite prin lege căile de atac. În această situație, deși intenția legiuitorului este clară, respectiv înlocuirea recursului cu apelul ca unică cale de atac în materia societară, acțiunile în nulitate specială nu pot aplica o asemenea regulă în lipsă de dispoziție legală. *De lege ferenda* sistemul căilor de atac în materie societară ar trebui soluționat unitar, nu cazuistic, pentru fiecare acțiune de drept societar.

În privința nulităților (și subsecvent a radierii) înregistrărilor din registrul comerțului, acestea se pot fundamenta pe hotărârile de anulare a actelor juridice care au stat la baza înregistrării, hotărâri definitive. Până la dobândirea caracterului definitiv nulitățile actelor care au stat la baza înregistrărilor privind societățile nu produc niciun efect juridic în privința acestora sau a terților.

Subsecțiunea a 2-a. Efectele nulității fuziunii și divizării

608. Restabilirea ordinii juridice. Față de noutatea unei nulități de tip holist[1] efectele nulității fuziunii și divizării nu mai sunt în mod complet fixate normativ. Singurul lucru de care se mai interesează legea este protecția terților care au contractat cu bună-credință cu societatea absorbantă sau societățile beneficiare după ce fuziunea/divizarea și-a produs efectele. Legiuitorul este interesat de soarta acestor raporturi juridice născute între încheierea operațiunii de fuziune sau divizare și publicarea hotărârii judecătorești de nulitate a operațiunilor. În dreptul comun aceste raporturi juridice, în baza principiilor nulității, sunt supuse extincției și restabilirii situației anterioare, în calitate efecte ale nulității operațiunii ce trebuie înlăturate odată cu aceasta. În această perioadă anterioară pronunțării nulității, prin efectul fuziunii/divizării, o parte din societățile participante și-au încetat existența (societăți absorbite în cazul fuziunii prin absorbție sau societăți participante în cazul fuziunii prin constituirea de noi societăți sau societăți divizate în cazul divizării). Chiar dacă am considera operațiunea de fuziune/divizare ca fiind „reversibilă" prin anulare, dacă societățile ar fi aduse în situația anterioară nulității, societățile absorbite (în general, cele relevate ca fiind de felul celor care își încetează existența) sunt străine de drepturile și obligațiile născute în perioada studiată, pentru că ele încetaseră să mai existe. Prin efectul legii este însă instituită o solidaritate a societăților care încetaseră să mai existe, împreună cu cele supraviețuitoare, în privința obligațiilor născute în sarcina societăților beneficiare. În acest mod prin „revenirea la situația anterioară", care se traduce în primul rând prin resuscitarea societăților care-și încetaseră existența, toate societățile participante la operațiunea anulată sunt ținute la îndeplinirea obligațiilor societăților beneficiare (textul induce o diferență totuși în acest punct între operațiunile de fuziune și cele de divizare). Chiar dacă lectura textului legal nu pare să ducă exact la această interpretare, trăgând cu ochiul la textul european înțelegem că acesta este sensul normei[2]. Faptul că unele

[1] A se vedea *supra* Titlul IV, Capitolul IV.

[2] Directiva 2011/35/UE (fosta Directivă 78/855/CEE) privind fuziunile are un sens indubitabil [art. 22 alin. (1)]: „g) hotărârea care pronunță nulitatea fuziunii nu aduce atingere prin

societăți participante își încetaseră existența ca efect al fuziunii/divizării nu le absolvă de răspundere pentru raporturile juridice angajate de societățile supraviețuitoare ale operațiunii, născute până la anularea acesteia. Acest lucru este valabil integral pentru operațiunea de fuziune [art. 251 alin. (7) LS]. În cazul operațiunii de divizare legea introduce o limitare. Societatea care își încetase existența prin divizare, societatea divizată, va răspunde în mod limitat alături de societățile beneficiare, respectiv „în limita cotei de active nete transferate societății beneficiare" [art. 251 alin. (8) LS][1] care a angajat o obligație în perioada observată[2]. Reglementarea se bazează pe faptul că de obicei divizările implică transmiteri cu titlu universal, societățile beneficiare primind cote de patrimoniu spre deosebire de fuziune care implică ca regulă transmiteri universale, transmiterea de patrimonii în integralitate.

609. Efecte juridice speciale. Alături de efectele speciale relevate pentru nulitățile fuziunii/divizării, textul legal nu punctează alte efecte ajutătoare. În cazul nulității societății de exemplu, terții sunt protejați prin efectul strict *ex nunc* al instituției juridice, prin dizolvarea și lichidarea societății care va urmări și satisfacerea creanțelor terților asupra societății.

Operațiunea de fuziune/divizare poate implica nașterea de societăți noi (fuziune prin constituire de societăți, divizare prin constituire de noi societăți). Totuși, efectul de dizolvare și lichidare a acestor societăți ca urmare nulității operațiunii nu este reglementat și nu ne poate fi permis a-l extrapola, tocmai datorită caracterului *sui generis* al acestor nulități. Analogia nu-și are locul între aceste genuri diferite de manifestări juridice.

Efectele directe și specifice ale nulității operațiunilor rezultă doar în mod implicit din reglementarea legală. Atunci când legiuitorul insistă în privința unei răspunderi legale a societăților care și-au încetat existența (societăți participante absorbite, societăți divizate) subsecvent declarării nulității operațiunii, scopul reglementării este clar: societățile care și-au încetat existența „revin" în ființă, persoana lor juridică reînvie, operațiunea în sine este „reversibilă", cu adaosul privind supraviețuirea și garantarea adecvată a raporturilor juridice născute în timpul producerii de efecte de către operațiunea de fuziune/divizare. Probabil efectele proprii nulității societății erau mult

---

ea însăși valabilității obligațiilor în sarcina sau în beneficiul societății absorbante, angajate înainte de publicarea hotărârii și după data prevăzută în art. 17; h) societățile care au participat la fuziune au o răspundere solidară pentru obligațiile societății absorbante prevăzute la lit. g)".

[1] Reglementarea europeană permitea aici o răspundere solidară a societății divizate cu fiecare societate beneficiară, sau o răspundere limitată. Soluția internă aleasă este cea redată [art. 19 alin. (1) din Directiva 82/891/CEE: „g) hotărârea de anulare a unei divizări nu afectează prin ea însăși valabilitatea obligațiilor în sarcina sau în beneficiul societăților beneficiare angajate înainte de publicarea hotărârii și după data prevăzută în art. 15; h) fiecare dintre societățile beneficiare este răspunzătoare pentru obligațiile născute după data de la care divizarea produce efecte și înainte de data publicării hotărârii de anulare a divizării. Societatea divizată este, de asemenea, răspunzătoare pentru aceste obligații; statele membre pot prevedea limitarea acestei responsabilități la cota din activul net transferată către societatea beneficiară în sarcina căreia cad obligațiile în cauză").

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 913. În dreptul francez răspunderea este solidară și nelimitată pentru ambele operațiuni.

prea severe pentru aceste operațiuni. Dizolvarea societăților beneficiare ale operațiunii (chiar doar a celor nou constituite) poate să însemne, într-o multitudine de cazuri, extincția tuturor societăților participante la operațiuni (când toate societățile beneficiare sunt societăți noi constituite). Asemenea efecte legate de nulitatea fuziunii/divizării ar reprezenta o sancțiune capitală, pedepsind mai mult decât este necesar.

610. Spre o soluție imposibilă. Soluția legală implicită tinde într-un mod echilibrat la restabilirea legalității. Dezavantajul este că tratarea legală nu este explicită și nici aplecată spre indicarea de soluții practice. În mod tacit, în acest domeniu legiuitorul revine la principiile nulității actului juridic, nulitatea de drept comun pe care pare să o considere subînțeleasă, cu excepția constând în tratamentul actelor juridice încheiate de societățile beneficiare. „Repunerea" în situația anterioară este însă una de tip organic cât timp privește un mănunchi de acte juridice principale (plus actele subsecvente) care trebuie înlăturate în ceea ce privește efectele lor. Într-un mod grosier spus, societățile care și-au încetat existența prin fuziune/divizare sunt re-înregistrate (cu caracteristicile anterioare)[1], societățile nou constituite prin același efect sunt radiate, iar modificările societăților beneficiare vor fi radiate. Lucrurile par de o claritate exemplară; este însă claritatea înșelătoare a adâncurilor în care se reflectă, la suprafață, malurile lăsând impresia că este vizibil totul, dar ascunzând perfect imensitatea de dedesubt. În realitate, între momentul producerii efectelor operațiunii și momentul nulității acesteia au loc evenimente care țin de circuitul valorilor mobiliare (de persoana acționarilor deținători) și de circuitul patrimonial al activelor societății. În domeniul pieței de capital mai ales, unde instrumentele financiare au o existență expusă zilnic schimbărilor din „ringul" de tranzacționare și pot surveni zilnic tranzacții care transmit proprietatea instrumentelor financiare, lucrurile sunt în mod obiectiv ireversibile. Greutățile privind individualizarea instrumentelor financiare (preconizata „numerotare") îngreunează o urmărire facilă a traseului acestor valori, transformându-se într-o întreprindere diabolică. La care se adaugă și necesitatea aplicării individuale a principiilor efectelor nulității la fiecare raport juridic subsecvent pentru a decide dacă este atins sau nu de nulitate. Și transformarea continuă a substanței patrimoniului unei societăți în circuitul comercial (chiar dacă expresia sa valorică poate să nu difere prea mult în acest interval) se poate sustrage unei „reversibilități" facile. În realitate, în privința societăților de pe piața de capital cel puțin, atingerea a doua oară a unei aceleiași stări poate fi imposibilă[2].

Ne mulțumim însă să semnalăm doar generic greutățile care pot apărea fiindcă diversitatea practică este nelimitată în domeniu astfel încât dacă greutățile identificate nu vor apărea, considerațiile noastre vor fi de prisos, iar dacă unele vor apărea, imensitatea situațiilor practice fiind greu de atins, ne lasă fără speranța că dezvoltările noastre pot fi și de folos.

---

[1] Sau, într-o logică răsucită specifică registrului comerțului, are loc „radierea radierii", adică radierea încheierii anterioare a judecătorului delegat de radiere a societății. O asemenea viziune existențialistă trebuie să fi fost pe placul lui S. Kierkegaard care afirma (despre moarte) că „această boală nu este spre moarte", preluând un pasaj biblic (*S. Kierkegaard*, Boala de moarte, Ed. Humanitas, București, 2006).

[2] Trebuie să-i dăm crezare lui Heraclit care spunea că un râu poate fi traversat o singură dată. A doua oară, încercarea va găsi cu siguranță alt râu, fiindcă totul curge (*panta rhei*).

Secțiunea a 6-a. Fuziunea transfrontalieră

611. Izvorul juridic. Noțiune. Importanța operațiunilor de fuziune în interiorul Uniunii Europene și conștientizarea greutăților întâmpinate de aceste operațiuni în situația existenței unui element transnațional a condus la legiferarea expresă a acestui domeniu[1]. Fuziunile transfrontaliere privesc *fuziunile societăților pe acțiuni* de naționalitate europeană (care au administrația centrală sau sediul într-un stat membru al Uniunii) cu condiția ca cel puțin două dintre ele să fie reglementate de dreptul unor state membre diferite. Normele naționale din legea societăților indică în această materie un obiect de aplicare mai larg, incluzând speciile societăților pe acțiuni, în comandită pe acțiuni, cu răspundere limitată, persoane juridice române, precum și societățile europene (SE) cu sediul social în România care pot fuziona cu societăți din statele membre UE care au formele prevăzute de art. 1 din Directiva 2009/101/CE, care a înlocuit Directiva 68/151/CEE, sau care nu au această formă, dar satisfac condițiile legale (au personalitate juridică, dețin un patrimoniu propriu și sunt supuse unor formalități de publicitate similare), în cazul în care și statul membru respectiv permite fuziunea (art. 251^2 LS).

Procedura acestor operațiuni nu poate să difere fundamental de etapele induse prin directivele europene speciale care reglementează fuziunea și divizarea în mod unitar pentru toate statele membre. Nivelul garanțiilor oferite însă societăților participante, acționarilor și salariaților acestora este unul sporit în cazul fuziunii transfrontaliere.

612. Specii de fuziune. Fuziunea transfrontalieră urmează jaloanele conceptuale fixate de fuziunea națională, respectiv *fuziune prin absorbție* (una sau mai multe societăți, care activează în cel puțin două jurisdicții naționale diferite, sunt dizolvate fără a intra în lichidare și transferă totalitatea patrimoniului lor societății absorbante în schimbul repartizării către acționarii societăților absorbite de acțiuni la societatea absorbantă, eventual și a unei sulte în cuantum limitat legal) și *fuziunea prin contopire* (una sau mai multe societăți, care activează în cel puțin două jurisdicții naționale diferite, sunt dizolvate fără a intra în lichidare și transferă totalitatea patrimoniului lor unei societăți pe care se constituie, în schimbul repartizării către acționarii lor de acțiuni la societatea nou-înființată, eventual și a unei sulte în cuantum limitat legal). La acestea se adaugă și situația particulară a *„resorbirii" unei filiale de către societatea-mamă* (o societate este dizolvată fără a intra în lichidare și transferă totalitatea patrimoniului său unei alte societăți care deține totalitatea acțiunilor sale). În toate cazurile trebuie să subziste *elementul transnațional*, incidența a cel puțin două jurisdicții naționale în care sunt înregistrate societățile participante.

613. Procedura. Normele privitoare la proiectul de fuziune transfrontalieră, raportul organului de administrativ (de gestiune), raportul expertului independent

---

[1] Directiva 2005/56/CE privind fuziunile transfrontaliere ale societăților comerciale pe acțiuni (JOUE L 310 din 25 noiembrie 2005, p. 1), modificată prin Directiva 2009/109/CE și Directiva 2012/17/UE. În dreptul intern normele europene au fost transpuse prin Titlul VI, Capitolul III, Fuziunea transfrontalieră, introdus prin O.U.G. nr. 52/2008 în corpul legii societăților.

desemnat de societățile implicate în operațiune, aprobarea de către adunarea generală a proiectului și a operațiunii în sine țin de etapele obligatorii ale unei fuziuni, cu punctarea diferențelor induse de elementul transnațional (art. 251^5-251^{12} LS). Astfel, *proiectul de fuziune transfrontalieră* este în mod obligatoriu unul comun tuturor societăților implicate și conține datele impuse și pentru proiectul intern de fuziune: *atributele de identificare ale societăților participante la fuziune, inclusiv ale* societăților nou-înființate, dacă este cazul, alocarea acțiunilor sau părților sociale la societatea absorbantă sau la societatea nou-înființată împreună cu rata de schimb a alocării și eventuala sultă, datele financiare, cuprinzând data situațiilor financiare ale societăților participante care au fost folosite pentru a se stabili condițiile fuziunii împreună cu evaluarea patrimoniului transferat societății absorbante sau societății nou-înființate și data de la care obligațiile societății absorbite sunt considerate ca aparținând societății absorbante sau nou-înființate, informații pentru acționari privind data de la care acțiunile/părțile primate la schimb dau deținătorilor dreptul de a participa la beneficii sau orice condiții speciale care afectează acest drept, drepturile acordate de către societatea absorbantă sau nou-înființată deținătorilor de acțiuni care conferă drepturi speciale și celor care dețin alte valori mobiliare în afară de acțiuni sau garanțiile conferite acestora. Separat de aceste date proiectul trebuie să conțină orice date care ar putea influența imparțialitatea experților care evaluează proiectul de fuziune și a membrilor organelor administrative sau de control ale societăților implicate în fuziune precum și explicitarea efectelor fuziunii asupra locurilor de muncă ale angajaților societăților participante la fuziune.

Faza de publicitate care privește societățile de naționalitate română va respecta regimul operațiunii reglementat de legea română. Astfel, proiectul operațiunii, asumat de toți reprezentanții societăților implicate, va fi vizat și înregistrat în registrul comerțului conform reglementărilor naționale și publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Publicitatea pe pagina web a societăților este prevăzută în mod alternativ cu publicarea oficială.

Raportul administratorilor sau membrilor directoratului societăților care participă la fuziune trebuie întocmit în folosul societăților proprii cu explicitarea comprehensivă pentru acționari a proiectului de fuziune și a motivațiilor și implicațiilor juridice și economice ale operațiunii. Acesta va fi făcut disponibil acționarilor sau asociaților, dar și reprezentanților salariaților, cu cel puțin 30 de zile înaintea datei ședinței în care adunarea generala urmează a hotărî asupra fuziunii. Raportul va fi disponibil la sediul societăților sau, în mod alternativ, prin intermediul paginii de internet proprie a societății implicate în operațiune.

Raportul experților independenți privind operațiunea de fuziune va fi realizat în folosul tuturor societăților persoane juridice romane sau societățile europene cu sediul în România care participa la fuziune. Aceștia sunt desemnați de către judecătorul-delegat pentru a examina proiectul comun de fuziune și a întocmi un raport scris către acționari/asociați. Obiectivele expertizei vor privi în special corectitudinea ratei de schimb. Pentru această finalitate raportul va indica metodele folosite pentru a determina rata de schimb propusă, va indica valorile obținute prin aplicarea fiecăreia dintre aceste metode și va conține opinia experților privind adecvarea acestor metode pentru situația particulară a fuziunii expertizate. Raportul în cauză poate fi comun și pentru

societățile de naționalitate străină dacă aceştia au solicitat împreună cu societățile de drept intern desemnarea experților. În cazul particular în care toți acționarii sau asociații societăților participante la fuziune consimt, se poate renunța la expertizarea proiectului de fuziune.

Dreptul la opoziție este recunoscut creditorii societăților de drept intern care iau parte la fuziune în scopul unei protecții adecvate a drepturilor lor. Orice astfel de creditor, care deține o creanță certă, lichidă şi anterioară datei publicării proiectului de fuziune, nescadentă la data publicării proiectului, şi care nu deține deja garanții sau privilegii adecvate pentru satisfacerea creanței sale, poate face opoziție în condițiile şi cu finalitatea acțiunii din dreptul intern.

Dreptul de retragere este recunoscut acționarilor conform dreptului intern, respectiv acționarilor care nu sunt de acord cu fuziunea, şi poate fi exercitat în termen de 30 de zile de la data publicării proiectului de fuziune prin depunerea declarației de retragere la societatea lor. Prin excepție dreptul de retragere respectiv este recunoscut în mod liber şi în cazul societății cu răspundere limitată participantă la fuziune. Dreptul național de retragere va fi aplicabil doar pe principiul reciprocității, respectiv dacă este recunoscut de toate legislațiile țărilor membre incidente prin societățile participante în operațiuni sau dacă acesta a fost recunoscut în mod statutar de toate societățile participante la operațiune.

Procesul decizional în privința fuziunii transfrontaliere este rezervat acționarilor fiecărei societăți participante constituiți în adunarea generală extraordinară. Dreptul de decizie nu poate fi refuzat acționarilor (art. 251^{11} LS).

614. Garanții acordate lucrătorilor. Dacă legislația națională reglementează mai mult formal drepturile de informare şi consultare a salariaților, legislația fuziunii transfrontaliere se ocupă, în mod unitar în Uniune, de protecția salariaților societăților absorbite supuse fuziunii.

În măsura în care este incidentă, legislația privind societatea europeană (SE) obligă la respectarea drepturilor de implicare a angajaților în activitatea societății [art. 2 lit. k) din Directiva 2001/86/CE din 8 octombrie 2001 pentru completarea statutului societății europene în ceea ce priveşte implicarea lucrătorilor sau un alt mecanism de cointeresare a angajaților].

Legislația internă a asimilat aceste măsuri de acțiune salarială prin Hotărârea Guvernului nr. 187/2007 privind procedurile de informare, consultare şi alte modalități de implicare a angajaților în activitatea societății europene.

Chiar şi în lipsa incidenței normelor privind societatea europeană salariații se bucură de protecție în cazul fuziunilor societare transfrontaliere. Legea societăților a adoptat modalitatea şi limitele implicării salariaților în activitatea societății rezultate din fuziune, dacă este persoană de naționalitate română. Aplicarea regimului participării salariaților în societatea rezultantă de drept intern este condiționată de aplicarea în una sau mai multe dintre societățile de drept străin participante la fuziune a unui mecanism de implicare a angajaților în activitatea societății de tipul celui prevăzut de dreptul european pentru societatea europeană. În acest caz societatea română absorbantă sau nou-înființată este ținută să instituie un asemenea sistem conform reglementării române (art. 3-7, art. 10, art. 11-24, 27 şi 28 din H.G. nr. 187/2007).

Legea română aplicabilă societății absorbante sau nou-înființate de naționalitate română reglementează modul de implicare a salariaților, inclusiv participarea lor în organele administrative (art. 251[10] LS).

615. Certificarea oficială a respectării legalității. Controlul autorității, cu elementul său transnațional, este accentuat de către izvorul normativ național și european. Fiecare stat membru trebuie să desemneze „instanța judecătorească, notarul sau o altă autoritate competentă să controleze legalitatea fuziunii transfrontaliere", cu referire la partea de procedură realizată în jurisdicția sa, referitoare la fiecare societate care fuzionează supusă dreptului intern[1].

Dreptul intern stabilește, în mod așteptat, autoritatea competentă în persoana judecătorului delegat la oficiul registrului comerțului unde sunt înmatriculate societățile persoane juridice române sau societățile europene cu sediul social în România participante la fuziune, inclusiv societatea absorbantă, ori, dacă este cazul, societatea nou-înființată (art. 251[3] LS). Participarea autorității competente este văzută pe două paliere. Pe de o parte privește ipoteza situării efectului final în jurisdicția sa și în această situație societatea nou-înființată sau societatea absorbantă vor urma regimul național al acestei jurisdicții, iar pe de altă parte privește situarea în jurisdicția sa doar a unor participanți, a societăților absorbite sau care se vor contopi, cu rezultatul final în altă jurisdicție. În această ultimă situație, autoritatea competentă va elibera un *certificat prealabil fuziunii* care atestă îndeplinirea cerințelor legale din jurisdicția proprie (care nu este jurisdicția societății absorbante sau nou înființate)[2].

Controlul legalității operațiunii de fuziune transfrontalieră va reprezenta deci o operațiune colectivă la care concură toate autoritățile competente naționale implicate, fiecare fiind chemată să certifice legalitatea efectelor consumate în jurisdicția proprie și să guverneze modificarea societății absorbante sau nou înființată dacă se află în jurisdicția proprie. Astfel, dacă efectele finale ale fuziunii se produc sub legea română judecătorul-delegat dispune înregistrarea în registrul comerțului a actului modificator al actului constitutiv al societății absorbante – persoană juridică română sau societate europeană cu sediul social în România – în cazul *fuziunii prin absorbție*. În acest caz revine autorității române obligația colectării și verificării *certificatelor* care atesta îndeplinirea condițiilor prevăzute de legislația națională a celorlalte state membre în care au sediul societăților absorbite.

În cazul *fuziunii prin contopire*, înființarea societății noi, persoană juridică română, este supusă controlului de legalitate reglementat de legea română sub aceeași condiție a verificării și a *certificatelor* emise de autoritățile naționale ale societăților absorbite, anterior dispunerii înmatriculării societății. Rezultatele fuziunii sunt supuse publicității conform legii române subsecvent realizării controlului autorității. Actul modificator, în cazul fuziunii prin absorbție, este supus publicării în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. În cazul fuziunii prin contopire încheierea de înmatriculare și eventual actul constitutiv este supus formalităților de publicitate prevăzute de legea română.

---

[1] Art. 10 din Directiva 2005/56/CE.

[2] Art. 10 din Directiva 2005/56/CE, art. 251[13] alin. (5) LS.

Dacă efectele fuziunii sunt consemnate pe teritoriul altui stat, iar jurisdicția română are sub control doar societăți absorbite (societatea absorbantă sau societatea nou-înființată este persoana juridică guvernată de legislația altui stat membru, inclusiv o societate europeană cu sediul social într-un alt stat membru) revine autorității române, judecătorului-delegat, verificarea legalității hotărârii de fuziune a societăților drept intern și pronunțarea unei *încheieri care certifică îndeplinirea condițiilor prevăzute de legea română* de către societatea – persoană juridică română. Actul jurisdicțional este comunicat societății și autorității din jurisdicția în care se produc efectele fuziunii în vederea înregistrării modificării societății absorbante sau a societății nou-înființate. Societatea sau societățile de drept roman, fiind în acest caz societăți absorbite, oficiul registrul comerțului de la sediul lor social radiază din registrul comerțului aceste societăți, în temeiul *notificării* comunicate de autoritatea competentă din statul membru a cărui naționalitate o deține societatea absorbantă sau societatea nou-înființată.

616. Efecte juridice. Efectele fuziunii și momentul producerii depline a acestor efecte în privința operațiunii transfrontaliere reprezintă elemente esențiale în reglementarea fuziunii transfrontaliere. *Efectele fuziunii* constau în dublul transfer către societatea absorbantă sau nou-înființată al tuturor activelor și pasivelor societăților absorbite, precum și a acționariatul societăților absorbite sau participante la fuziune în conformitate cu regulile de repartizare stabilite în proiectul de fuziune, simultan cu încetarea societăților absorbite sau participante la fuziune [art. 215^{15} alin. (1) LS]. *Momentul* producerii acestor efecte are relevanță deosebită în materia nulității speciale. Acesta este fixat exact normativ: în cazul constituirii unei societăți, de la data înmatriculării acesteia în registrul comerțului de la sediul social, iar în cazul fuziunii prin absorbție, de la data înregistrării în registrul comerțului a actului modificator al actului constitutiv, atunci când părțile implicate nu au convenit altfel [art. 215^{15} alin. (2) LS].

Răspunderea administratorilor societăților care își încetează existența și a experților independenți care au evaluat raportul asupra fuziunii este stabilită legal față de asociați sau acționari în aceleași condiții ca în dreptul comun.

617. Nulitatea fuziunii transfrontaliere[1]. Elementul transfrontalier aduce modificări importante nulității de operațiune, prin comparație cu fuziunea consumată total între granițele naționale. Reglementarea sa este una concisă fiindcă conține de fapt o interdicție specială, respectiv, după data la care efectele fuziunii au fost produse, nulitatea „nu poate interveni".

Regimul nulității în acest domeniu este drastic. În privința operațiunilor de divizare și fuziune naționale incidența sancțiunii nulității era limitată la un interval de șase luni de la data producerii efectelor operațiunii. În privința fuziunii transfrontaliere limitarea incidenței nulității este forțată până la extincția sa totală. Odată produse efectele fuziunii transfrontaliere, acestea sunt *definitive și nesusceptibile de alterare prin nulitate*. Legiuitorul exclude, în mod drastic și explicit, nulitatea dintre sancțiunile aplicabile fuziunii transfrontaliere. Caracteristic nulității speciale a fuziunilor transfrontaliere este deci ... că nu există.

[1] *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit., p. 117.

Efectele finale ale unei fuziuni transfrontaliere marchează fixarea definitivă în mediul juridic a rezultatelor operațiunii. Acestea sunt absolut ireversibile.

Față de radicalitatea unor asemenea prevederi trebuie să acceptăm că anterior producerii efectelor fuziunii transfrontaliere sancțiunea nulității, în forma sa comună şi națională, este disponibilă părților interesate. Cenzura în domeniul național a legalității operațiunilor din fiecare jurisdicție va fi de competența autorităților jurisdicționale naționale şi va împiedica certificarea națională parțială a operațiunii cu finalitatea blocării finalizării fuziunii transfrontaliere în sine.

Interdicția legală trebuie interpretată restrictiv, astfel încât căile naționale de cenzură rămân incidente, cu împiedicarea sau întârzierea producerii efectelor fuziunii şi „cimentarea" instantanee a operațiunii.

În sens strict, *nulitatea fuziunii transfrontaliere* este de fapt o noțiune necunoscută dreptului fiindcă ea nu are decât o reglementare strict negativă. Ea nu poate interveni [art. 215^{19} alin. (2) LS].

618. Remedii. Deşi interdicția clară pare a exclude orice alt comentariu, legea se ocupă de anumite particularități ale nulității fuziunii, respectiv aceasta este strict *judiciară* şi *remediabilă*, în sensul că înlăturarea cauzelor de nulitate obligă la salvgardarea operațiunii. Dacă neregularitatea în privința unei fuziuni transfrontaliere poate fi remediată, instanța competentă este ținută să acorde societăților participante un răgaz (un termen) pentru rectificarea acesteia.

Aceste prevederi, proprii nulității operațiunilor naționale de fuziune, par a rămâne fără obiect cât timp fuziunea există de la data producerii efectelor sale, dată de la care nulitatea este exclusă.

Normele speciale privesc, în mod logic, cauzele de nulitate relevate anterior producerii efectelor fuziunii transnaționale, în fazele preparatorii. Nulitățile naționale sunt subsumate unei nulități unice, speciale, care acționează în modul prescris. Caracterele juridice şi remediabile ale nulității speciale sunt proprii jurisdicțiilor naționale în privința operațiunilor de fuziune. Aplicarea lor va fi în acord cu implementarea națională a nulităților de fuziune/divizare.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul III
Dizolvarea şi lichidarea societăţii

619. Încetarea societăţii. Societatea are o natură duală, contractuală şi legală, dualitate care se manifestă din plin în procesul de încetare societare. Nefiind doar un contract, societatea cu personalitate va transcende materia încetării contractuale. Regulile privind rezoluţiunea contractuală nu sunt aplicabile materiei[1] datorită manifestării naturii legale a societăţii, persoană juridică constituită în condiţii specifice de control al autorităţii şi publicitate. Legiuitorul utilizează de altfel termenul specific de dizolvare pentru sublinierea particularităţii procedurii.

Dizolvarea în sine nu este echivalentă cu încetarea societăţii. Este doar o fază care premerge sfârşitului existenţei societare[2]. Înainte de dispariţia propriu-zisă, subsecvent dizolvării, societatea parcurge o ultimă etapă, lichidarea[3]. În acest mod încetarea societăţii este un proces complex care necesită menţinerea personalităţii juridice şi după momentul dizolvării în scopul stingerii controlate a tuturor raporturilor juridice societare[4]. Această subzistenţă a personalităţii juridice are ca efect prezervarea unicităţii patrimoniale asupra căruia au drepturi creditorii şi asociaţii societăţii, păstrarea atributelor persoanei juridice, sediu social şi reprezentanţi legali, atribuţie care va fi preluată de lichidatori[5].

Secţiunea 1. Dizolvarea

620. Noţiune. Încetarea tipică a existenţei societăţii cu personalitate juridică este marcată de procesul de dizolvare. Aceasta, alături de lichidare, este operaţiunea care are ca finalitate naturală încetarea societăţii ca persoană juridică[6].

Încetarea unei societăţi se realizează ca regulă prin două faze distincte, dizolvarea şi lichidarea, astfel încât numai „după parcurgerea fazei de dizolvare se poate trece la faza lichidării"[7].

Dizolvarea reprezintă o instituţie juridică obligatorie pentru încetarea societăţii (faţă de lichidare care poate fi omisă în cazuri speciale) care guvernează limitarea (în mod excepţional direct extincţia) capacităţii juridice a societăţii la actele privind lichidarea, ca rezultat al voinţelor acţionarilor/asociaţilor, al unor hotărâri judecătoreşti sau al normelor legale imperative.

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 557.
[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 99.
[3] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 559.
[4] *C. Gheorghe*, Societăţi comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, op. cit., p. 258.
[5] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 560.
[6] *Ph. Merle*, op. cit., p. 143.
[7] C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 359/1993, în Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul pe anul 1993, op. cit., p. 232.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Relativ la aria de exprimare a voinţelor asociaţilor, dizolvarea are ca efect limitarea strictă a acesteia, practic suspendarea atribuţiilor adunărilor generale atât ca forum de formare a voinţei sociale distincte cât şi ca mod instituţionalizat de modificare a actelor constitutive.

Pornind de la esenţa contractuală a societăţii, în mod simetric faţă de naşterea acesteia, încetarea este principial guvernată de voinţa asociaţilor.

Voinţa asociaţilor în privinţa încetării societăţii poate fi aprioric exprimată, prin edictarea unei perioade limitate privind durata societăţii, a unor clauze specifice privind dizolvarea sau se poate exprima ulterior, cu respectarea drepturilor terţilor, în condiţiile actului constitutiv.

Adunările generale trebuie imaginate ca un cadru dual: primul, de formare a unei voinţe sociale, unice în cadrul instituţionalizat guvernat de actul de constitutiv în limitele legii, şi al doilea, un cadru de exprimare a voinţelor asociaţilor în privinţa actului constitutiv, drept care subzistă şi este rezervat părţilor pactului constitutiv independent de voinţa socială, atribut al personalităţii distincte a persoanei juridice reprezentată de societate.

Faţă de autonomia de voinţă a asociaţilor şi natura contractuală a societăţii aceştia nu sunt limitaţi la anumite motive de dizolvare [art. 222 lit. g) LS][1]. Contrapus acestui tip natural de dizolvare, *dizolvarea judiciară* şi cea *de drept* sunt strict reglementate, fără posibilitatea extinderii ipotezelor normative. Dizolvarea judiciară a societăţii este o modalitate de încetare a societăţii care transcende obiectul voinţei asociaţilor.

Instituţia dizolvării este o procedură proprie persoanei juridice care datorită atributelor personalităţii, în special a patrimoniului propriu, are nevoie de o procedură de încetare desfăşurată pe mai multe faze. Din punct de vedere al naturii juridice instituţia dizolvării are o natură legală care temperează efectele rapide ale încetării contractuale. Dizolvarea nu apelează la neîndeplinirea culpabilă a obligaţiilor contractuale, ca în cazul rezoluţiunii[2] pentru stingerea raportului juridic contractual, ci la voinţa asociaţilor, fapte juridice *stricto sensu*, expirarea duratei, moartea interdicţia sau insolvabilitatea unei părţi şi cauze legale, toate tratate împreună faţă de finalitatea lor comună.

Instituţia dizolvării cunoaşte norme care transcend cadrul contractual, concepute ca o sancţiune finală faţă de lipsa de conformare cu cadrul imperativ în care trebuie să se exprime voinţa acţionarilor/asociaţilor. Faţă de particularităţile şablonului predefinit reprezentat de tipurile prestabilite de legiuitor de societăţi cu personalitate juridică, instituţia dizolvării va cunoaşte un set de norme comune, generale, şi altul de norme specifice tipurilor mari de societăţi, de capital sau de persoane.

Subsecţiunea 1. Modalităţi de realizare

621. Categorii de divizare. Alături de modul natural de realizare a dizolvării, respectiv în mod *voluntar*, prin voinţa asociaţilor, dizolvarea poate fi avea şi un izvor

---

[1] Anterior prezentei reglementări caracterul normelor privind dizolvarea era controversat. Doctrina interbelică concluzionase că este limitativ.

[2] În sensul că rezoluţiunea actului constitutiv este inadmisibila, obligaţia de aport fiind asumată faţa de societate, nu faţă de ceilalţi asociaţi, *C. Vivante*, Traite de Droit commercial, V. Giard & E. Briere Libraires-Editeurs, Paris, 1911, tome II, p. 47, *apud St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 68, 490.

normativ, care consacră o *dizolvare judiciară* şi o *dizolvare-sancţiune*[1]. Doctrina mai distinge şi o *dizolvare de drept*[2].

Prevederea de către legiuitor a hotărârii adunării generale, precum şi a altor cauze prestabilite de actul constitutiv, ca mod de dizolvare a societăţii, trebuie privită ca rezultat al dorinţei de enumerare exhaustivă a tuturor modalităţilor de realizare a dizolvării. Facultatea asociaţilor de a proceda la încetarea efectelor actului constitutiv rezidă în natura contractuală a societăţii, pe care norma juridică o reafirmă doar.

O clasificare mai simplă a cauzelor de dizolvare distinge doar între *dizolvarea de plin drept*, care are cauze statutare (expirarea duratei societăţii, realizarea sau dispariţia obiectului, alte dispoziţii statutare) şi *dizolvarea provocată*, o dizolvare anticipată cu origini convenţionale (dizolvarea voluntară anticipată), sau origini judiciare, în special în cazul neînţelegerilor între asociaţi[3]. Doctrina veche distingea între dizolvarea de drept (expirarea duratei sau terminarea întreprinderii, a obiectului) şi dizolvarea voluntară, cea în care este incidentă în mod obligatoriu voinţa asociaţilor. Chiar şi în acest caz dizolvarea de drept se bazează pe o voinţă prezumată a asociaţilor care nu suplinesc impedimentele la continuarea existenţei societăţii (prelungirea duratei sau completarea/schimbarea obiectului de activitate[4]. Într-o altă reflectare[5] doctrinară dizolvarea este de plin drept (expirarea duratei, realizarea sau imposibilitatea obiectului de activitate, nulitatea) dizolvare voluntară (modificarea statutară) şi dizolvarea judiciară.

622. Dizolvarea, atribut al asociaţilor/acţionarilor, părţi ale actului constitutiv. Dizolvarea voluntară. Această modalitate de dizolvare este comună tuturor tipurilor de societăţi cu personalitate juridică. În concordanţă cu regulile de exprimare a voinţei proprii fiecărui tip şi fiecărei societăţi în parte asociaţii/acţionarii pot hotărî o durată limitată de funcţionare după cum pot, în orice moment şi cu respectarea drepturilor terţilor, să dispună dizolvarea voluntară a societăţii.

Dizolvarea ca urmare a trecerii timpului stabilit pentru durata societăţii. Conţinutul minimal al actului constitutiv al societăţilor trebuie să conţină durata societăţii, care poate fi limitată sau nelimitată. Stabilirea unei durate limitată a societăţii va avea ca rezultat, în temeiul voinţelor aprioric exprimate ale asociaţilor, încetarea efectelor actului constitutiv şi dizolvarea societăţii. Această clauză a actului constitutiv face inutilă o altă exprimare a voinţelor asociaţilor în acest sens, ulterioară constituirii. Interesele terţilor sunt protejate prin publicitatea făcută actului constitutiv de la înfiinţarea societăţii. Această cauză de dizolvare este tratată în mod tradiţional ca un mod de dizolvare de drept[6] a societăţii. Motivarea constă în operarea ei independent de voinţa

---

[1] În privinţa cauzelor de dizolvare, a se vedea şi *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 263 şi urm.; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 702 şi urm.; *O. Căpăţână*, op. cit., p. 371; *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 205-215.

[2] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 491.

[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 143.

[4] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 562.

[5] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 206-214.

[6] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 206; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 566; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 491.

asociaților sau de alte obligații de publicitate [art. 232 alin. (1) LS]. În realitate izvorul acestei dizolvări trebuie căutat în exprimarea de voință a părților actului constitutiv, chiar dacă această exprimare are loc la data nașterii raportului juridic și nu este o modificare ulterioară. Faptul că această dizolvare este tot o dizolvare voluntară este întărit de posibilitatea prelungirii duratei de funcționare ca urmare a exprimării ulterioare a voințelor asociaților, în cadrul instituționalizat al adunărilor generale sau pe cale judiciară [art. 227 alin. (2) LS], cu condiția ca această consultare să aibă loc cu cel puțin trei luni înainte de expirarea duratei societății.

Expirarea duratei de funcționare este exclusă de la obligativitatea publicității dizolvării, instituită de lege prin publicare în Monitorul Oficial, pentru simplul fapt că ar fi redundantă atât timp cât aceasta a fost realizată în condițiile impuse la constituirea societăților. Orice hotărâre de modificare a actului constitutiv în privința duratei de funcționare va urma însă regimul de publicitate impus în materia respectivă.

Dizolvarea ca urmare a hotărârii adunării generale sau alte cauze prevăzute de actul constitutiv. Așa cum am specificat, dizolvarea prin hotărârea adunării generale, alături de stabilirea apriorică a duratei de funcționare, este un mod natural de încetare a societății[1]. Voința asociaților nu este ținută de vre-o motivare prevăzută legal, deși este de imaginat că aceasta va exista în dezbaterile adunărilor generale convocate pentru a delibera asupra acestui subiect. Condițiile de cvorum și majoritățile necesare sunt cele prevăzute în actele constitutive pentru adunările generale extraordinare[2]. Pentru protejarea intereselor terților, prin derogare de la regimul comun, o astfel de hotărâre produce efecte față de terți numai după trecerea unui termen de 30 zile de la publicarea în Monitorul Oficial (art. 234 LS), interval în care creditorii sau orice persoană interesată *au dreptul de opoziție*, în condițiile generale edictate pentru această cale de atac [art. 231 alin. (3) LS]. De principiu exprimarea de voință a asociaților produce efecte juridice ireversibile[3], obligatorii pentru toate părțile. Funcțiile adunării generale fiind suspendate, nu ar fi posibilă a noua exprimare de voință pentru prelungirea duratei societății după hotărârea dizolvării. O nouă exprimare de voință ar reprezenta în esență crearea unui nou pact constitutiv pentru care nu există nici un impediment. În scopul salvgardării societății legiuitorul prevede totuși posibilitatea ca asociații să revină asupra hotărârii de dizolvare voluntare [art. 231 alin. (1) LS], în condițiile actului constitutiv preexistent, cu condiția prezervării integrității patrimoniale prin neefectuarea niciunei repartiții din activ și respectarea drepturilor terților prin asigurarea publicității. Actul constitutiv mai poate prevedea alte cazuri de dizolvare, identificate aprioric la constituirea societății, de o diversitate foarte mare[4]. Modificarea sau înlăturarea

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 570.

[2] C.S.J., Secția comercială, deciziile nr. 2236/1996 și nr. 718/1996, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1996, op. cit.

[3] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 918/1996, în Dreptul nr. 7/1997: „hotărârea adunării generale devenind irevocabilă prin necontestarea ei de către asociați, rezultă că pârâții nu mai erau îndreptățiți să solicite excluderea unor asociați, așa cum corect s-a reținut prin hotărârile atacate".

[4] Sub imperiul Codului comercial doctrina concluzionase că dizolvarea are temeiuri exclusiv legale, cazurile de incidență fiind enumerat legal limitativ. *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 564.

acestora prin voința ulterior exprimată a asociaților se va supune regimului comun de modificare a actelor constitutive, fără aplicarea normei edictate pentru prelungirea duratei societății, respectiv cu cel puțin trei luni înainte de expirarea duratei societății, care are un domeniu strict de aplicare. Un exemplu de clauză statutară de dizolvare este constatarea de pierderi operaționale, într-un cuantum stabilit statutar. Dizolvarea nu este drept. Societatea trebuie să constate în mod statutar pierderile și să decidă în adunarea generală, inclusiv în privința altor soluții de continuare a activității.

623. Dizolvarea judiciară. Alături de modul natural de realizare a dizolvării, prin voința asociaților exprimată în cadrul fixat de lege și actul constitutiv, dizolvarea poate fi rezultatul unei proceduri judiciare. Prevederea unor cauze legale de dizolvare ține de inerenta interferență a legiuitorului în câmpul de exprimare a voinței asociaților pentru protejarea unor interese ale terților sau ale ordinii economice și juridice. Chiar și în acest caz, dreptul de a solicita dizolvarea societății aparține exclusiv asociaților și nu este la îndemâna terților[1]. Excepția ține doar de reglementarea dizolvării-sancțiune care conferă calitate procesuală Oficiului național al registrului comerțului și oricăror persoane interesate. Prezenta intromisiune normativă în perimetrul voinței asociaților are un caracter excepțional care face ca motivele de dizolvare judiciare în cauză să nu poată fi extinse.

Dizolvarea judiciară implică verificarea de către instanța de judecată a unei stări de fapt și încadrarea acesteia în cauzele legale. Procedura judiciară poate interveni și în cazul dizolvărilor de drept, în acest caz doar pentru a constata incidența dizolvării.

624. Declararea nulității societății. Nulitatea societății își are sediul în Titlul II, capitolul IV din Legea societăților prin instituirea expresă a cauzelor și a procedurii judiciare (art. 56-59 LS). Normele invocate permit salvgardarea până în ultima clipă a existenței societății prin înlăturarea cauzelor de nulitate. Dizolvarea societății este necesară atât timp cât pe data la care hotărârea judecătorească de declarare a nulității a devenit definitivă societatea încetează fără efect retroactiv și intră în lichidare (art. 58 LS).

În esență și dizolvarea de față este o sancțiune față de neregularități grave în constituirea societăților. Nulitatea și dizolvarea în cauză privesc societăți deja înmatriculate în registrul comerțului. Dizolvarea respectivă este o consecință, improprie, a nulității societății. Regimul său juridic a fost detaliat în această materie.

---

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 303/1994, în Dreptul nr. 2/1995, p. 72: „Dreptul de a cere dizolvarea societății comerciale prin hotărâre judecătorească – în cazul nerealizării unui consens între asociați – aparține numai asociaților, oricare din aceștia având posibilitatea sesizării instanței. În speță, instanțele au reținut întemeiat, în raport cu actele constitutive ale societății comerciale, că reclamantul nu a avut calitatea de asociat, astfel că cererea sa, pentru dizolvarea unei societăți de care este străin, este inadmisibilă".

„Lipsa înmatriculării și publicațiilor dă dreptul numai asociaților de a cere dizolvarea societății", statuează și jurisprudența mai veche: Cas., Secția a III-a, decizia nr. 1905/1938, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 108.

În același sens și *D.D. Gerota*, op. cit., p. 187-192 și *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 723-759.

625. Dizolvarea societății pentru imposibilitatea realizării obiectului de activitate al societății sau realizarea lui. Dizolvarea în cauză implică apariția situațiilor de fapt care se înscriu între motivele de dizolvare enumerate. Practic este vorba de o imposibilitate de funcționare a societății fie normală, când a fost realizat scopul social, fie forțată, când activitatea nu mai poate fi realizată datorită pierderii autorizării sau altor cauze legale[1]. Atât realizarea obiectului de activitate cât și imposibilitatea realizării trebuie să fie totale și indubitabile[2]. Incidența procedurii judiciare implică și o imposibilitate a realizării unei dizolvări voluntare pentru aceste cauze. De principiu un acționar sau un grup de acționari va urmări dizolvarea judiciară atunci când nu există o unitate de voință în privința cauzelor de dizolvare care ar permite dizolvarea naturală, voluntară. Jurisprudența retine și posibilitatea, discutabilă, a dizolvării judiciare pentru imposibilitatea realizării obiectului de activitate, constatată în mod voluntar, dar neexecutată[3]. În privința imposibilității realizării obiectului de activitate sau realizarea acestuia, o asemenea stare de lucruri trebuie să rezulte clar și să se refere la întreg obiectul de activitate. În doctrină s-a afirmat[4] că incidența acestui motiv de dizolvare este destul de restrânsă față de interpretarea largă dată obiectului de activitate și practicii comerciale curente de a prevedea un obiect de activitate atotcuprinzător[5]. Acest motiv de dizolvare este unul remediabil în sensul în care asociații pot schimba sau completa, de comun acord, obiectul de activitate astfel încât să permită funcționarea în continuare a societății.

626. Dizolvarea pentru neînțelegeri grave dintre asociați care împiedică funcționarea societății. Dizolvarea judiciară pentru imposibilitatea funcționarii societății generată de neînțelegeri grave între asociați necesită o nuanțare. Locul în economia legii a acestui motiv de dizolvare lasă să se înțeleagă că este un caz general, aplicabil tuturor societăților cu personalitate juridică. O parte din doctrină[6] este în acest sens, cu dezvoltarea contrapunerii acționari majoritari/acționari minoritari aflați pe poziții ireconciliabile. Neînțelegerile grave între asociați sunt în general tratate în conexiune cu elementul *affectio societatis,* propriu actului constitutiv, care în acest caz se dezintegrează prin polarizarea ireconciliabilă a intereselor unor acționari sau grupe de acționari și negarea interesului social[7]. Totuși acest motiv de nulitate trebuie înscris exclusiv în sfera societăților de persoane (și a celor cu răspundere limitată). Doar aceste

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 207. Cauza de dizolvare este considerată una drept, instanța fiind chemată doar să constate apariția cauzei de dizolvare.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 567. Codul comercial se referea la terminarea întreprinderii ca motiv de dizolvare de drept și la lipsa, desființarea obiectului societății sau imposibilitatea de a-l realiza ca motive facultative de dizolvare.

[3] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 1196/1999: „este întemeiată cererea de dizolvare a societății pe cale judecătorească din moment ce imposibilitatea realizării obiectului de activitate rezultă din chiar hotărârea adunării generale din data de 25 martie 1994".

[4] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 207; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 494.

[5] *Ph. Merle*, op. cit., p. 145.

[6] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 497.

[7] *Ph. Merle*, op. cit., p. 148.

societăți posedă acte constitutive cu caracter *intuitu personae*, sunt guvernate de principiul unanimității, cel puțin în situația modificării acestora, iar titlurile reprezentând participările la capitalul social nu sunt liber transmisibile (nu sunt titluri negociabile). În cazul acestor societăți poate interveni o împiedecare a funcționarii societății datorită neînțelegerilor grave dintre asociați.

Societățile de capitaluri au, prin forma lor predefinită de legiuitor, mecanisme care evită împiedecarea funcționării lor, chiar în cazul neînțelegerilor dintre asociați. Legiferarea principiului majorității în funcționarea și modificarea lor și caracterul de titluri negociabile ale titlurilor reprezentative ale participării la capitalul social (acțiunile) sunt pârghii care evită împiedecarea funcționarii acestor societăți. Neînțelegerile dintre acționarii societăților de capitaluri nu ar trebui să aibă efectul prevăzut de premisa legală a acestui tip de dizolvare. În special în cazul societăților cotate, tranzacționate pe piețe reglementate, la care chiar elementul *affectio societatis* capătă un contur mai difuz, nu este de imaginat o procedură judiciară pe dizolvare pentru neînțelegeri grave. Polarizarea de interese specifică și stratificarea acționari minoritari/majoritari nu este în sine o situație de natură a provoca o procedură de divizare judiciară.

În practică și, în mod particular, pot exista societăți pe acțiuni cu acte constitutive personalizate, supermajorități sau chiar cu o revenire la principiul unanimității și limitări contractuale ale transferului liber al acțiunilor care le aduc foarte aproape de societățile de persoane încât fac posibilă o împiedecare a funcționarii prin neînțelegeri grave între asociați. Însă situația societăților de capitaluri nu poate fi tratată decât în mod unitar. Rezolvarea blocajului intervenit în societățile pe acțiuni familiale sau de dimensiune redusă trebuie să-și caute soluția în alte mecanisme societare, nu în instituția dizolvării pentru neînțelegeri între acționari. Acest mod de dizolvare prevăzut de lege, o imixtiune a instanței de judecată în viața societară, și-a găsit justificare în baza unei concepții contractuale a societății[1].

Neînțelegerile grave între asociați sunt o stare de fapt care trebuie probată în fața instanței și se află sub aprecierea suverană a instanței, totuși această dizolvare trebuie să fie una excepțională, un ultim instrument folosit când nu există nicio altă modalitate de revenire la o viață societară normală[2].

627. Dizolvarea prin falimentul societății. Falimentul societății este o etapă proprie societăților aflate în insolvență, procedură judiciară colectivă cu finalitate diferită, reprezentată de stingerea pasivului societății la cererea creditorilor, contrapusă în general procedurii de dizolvare/lichidare a societății prevăzute de legea societăților. Cele două proceduri sunt modalități diferite de încetare a societății cu personalitate juridică (deși în procedura insolvenței nu este urmărită cu obstinație o asemenea finalitate). De esența procedurii prevăzute de legea societăților este voința asociaților în timp ce falimentul, ca parte a insolvenței, este independent de aceasta, găsindu-și motor, chiar atunci când societatea debitoare o inițiază, în imposibilitatea terților-creditori de a obține satisfacerea creanțelor lor.

---

[1] *R.N. Catană*, Admisibilitatea acțiunii în dizolvarea societății comerciale pentru neînțelegeri grave între asociați, în RDC nr. 2/1998, p. 62.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 213.

Dizolvarea se pronunță de tribunalul investit cu deschiderea și administrarea procedurii insolvenței [prin hotărârea judecătorului sindic de intrare în faliment conform art. 145 alin. (2) din O.U.G. nr. 91/2013]. Doctrina include și acest caz de dizolvare în categoria dizolvării de drept[1]. Este adevărat că legea impune dizolvarea odată cu declararea falimentului, dar acest lucru se întâmplă fiindcă nu este de imaginat o procedură de lichidare, judiciară în cazul falimentului, fără declararea dizolvării. Considerăm că în acest caz caracterul judiciar al lichidării, ca urmare a procedurii speciale a falimentului, este împrumutat și dizolvării ca stadiu necesar în încetarea persoanei juridice.

Această operațiune a dizolvării, prezentă și în procedura insolvenței, caracterizată prin reglementări ample și detaliate sub cenzura judecătorului sindic, este singurul punct de intersecție, virtual față de netratarea lui detaliat în procedura amintită, cu încetarea persoanei juridice ca rezultat al lichidării reglementată de Legea societăților.

Falimentul societății, prevăzut ca motiv de dizolvare în legislația societară, trebuie interpretat restrictiv, fiind limitat la declanșarea falimentului propriu-zis și nu la reorganizarea activității pe baza de plan prevăzută de Codul insolvenței. Dizolvarea este înțeleasă ca o etapa inițială și ireversibilă în încetarea societăților, chiar dacă în unele cazuri finalitatea încetării nu este în mod necesar atinsă.

628. Dizolvarea-sancțiune. Acest tip de dizolvare este prin esență judiciară. Inițierea procedurii este lăsată la îndemâna oricărei persoane interesate și a Oficiului Național al Registrului Comerțului.

Cauzele de dizolvare-sancțiune sunt prevăzute limitativ de lege și sunt situații de fapt care creează prezumția unei încetări a activității societății. În concret, dizolvarea este pronunțată când societatea nu mai are organe statutare sau acestea nu se mai pot întruni, nu are sediul social cunoscut ori nu îndeplinește condițiile referitoare la sediul social sau asociații au dispărut ori nu au domiciliul cunoscut sau reședința cunoscută, societatea nu si-a completat capitalul social, în condițiile legii sau societatea de află în stare de inactivitate, chiar în cazul în cazul în care societatea și-a înregistrat inactivitatea temporară (fiscală și comercială) și această stare s-a întins pe o perioadă mai mare de trei ani (art. 237 LS).

Pronunțarea judiciară a dizolvării este supusă publicității și căilor de atac. Hotărârea tribunalului prin care s-a pronunțat dizolvarea se înregistrează în registrul comerțului, se comunică organului fiscal și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Hotărârea respectivă este supusă numai apelului în termen de 30 de zile de la efectuarea publicității. Legea reglementează și o procedură specială de lichidare în acest caz.

629. Dizolvarea pentru alte cauze prevăzute de lege sau de actul constitutiv al societății. Motivul este general și nu face decât să întărească interpretarea că dizolvarea are atât o natură contractuală cât și una legală. Dincolo de cazurile de dizolvare generale enumerate, „alte cauze prevăzute de lege" se referă la cazurile speciale de dizolvare, specifice fiecărui tip de societate, sau proceduri legale speciale. *Dizolvarea*

[1] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 502.

contractuală a fost consacrată expres de legiuitor. Voința asociaților poate hotărî în mod liber dizolvarea societății, după o poate face și aprioric, prin prevederile statutare de la constituirea societății sau modificarea ulterioară a acesteia în acest sens.

Normele din materia dizolvării explicitează cauze specifice societății pe acțiuni, în comandită simplă și pe acțiuni, cu răspundere limitată și în nume colectiv.

Deși legea nu prevede acest caz general, totuși societățile se dizolvă prin *concentrarea tuturor titlurilor (părți de interes, părți sociale, acțiuni) în mâna unei singure persoane*. Practic atât societățile de persoane, cu excepția societății cu răspundere limitată cu asociat unic, cât și societățile de capitaluri sunt supuse dizolvării când rămâne un singur asociat (acționar). Diferențele de tratament și caracterul remediabil fac ca această nulitate să fie tratată separat în cadrul fiecărui tip de societate.

Subsecțiunea a 2-a. Motive speciale de dizolvare

630. Societățile pe acțiuni. Normele legale privind capitalului social minim și numărul de acționari au un caracter imperativ. Dacă nerespectarea acestora la constituirea societății atrage declararea nulității societății și dizolvarea conform cauzelor generale, și în timpul funcționarii societății încălcarea acestor norme are același rezultat, respectiv dizolvarea societății [art. 10 alin. (3) LS]. *Numărul acționarilor* în societatea pe acțiuni nu poate fi în prezent mai mic de doi. În cazul în care societatea are mai puțin de doi acționari pe o perioadă mai lungă de 9 luni, orice persoană interesată poate solicita instanței dizolvarea societății. Și în acest caz, neregularitatea este remediabilă, legiuitorul îngrijindu-se de salvgardarea existenței societății prin acordarea unui termen de nouă luni pentru ca societatea să intre în legalitate. Societatea nu va fi dizolvata dacă, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de dizolvare, numărul minim de acționari prevăzut de prezenta lege este reconstituit. Procedura judiciară necesară în cauză are rolul să constate dizolvarea. Situația *capitalului social* este de natură să atragă aceeași sancțiune a dizolvării societății pe acțiuni. Astfel, capitalul social al societăților de capitaluri nu poate fi redus sub minimul legal în caz contrar orice persoană interesată se poate adresa instanței pentru a cere dizolvarea societății dacă situația nu va fi remediată până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești de dizolvare [art. 10 alin. (2) LS]. Materia societăților de capitaluri a cunoscut situații tranzitorii, de sancționare a societăților care în urma modificării capitalului social minim nu au procedat la respectarea noului minim în termenul legal. Capitalul social minim al societăților pe capitaluri a fost majorat în dreptul intern de la un milion la 25 milioane (lei vechi, existenți la acea dată) și, în sfârșit, de la această sumă la 90.000 lei, capitalul social minim prezent.

La cererea oricărei persoane interesate, tribunalul va putea pronunța dizolvarea societății în cazul în care aceasta nu și-a completat capitalul social în condițiile legii.

Dizolvarea societății pe acțiuni poate interveni și în cazul în care activul net, ca urmare a *înregistrării de pierderi*, reprezintă mai puțin de jumătate din capitalul social, sau decât un procent mai mic, în condițiile actului constitutiv[1].

[1] În sensul că rezerva legală este o prelungire a capitalului social și ori de câte ori legea leagă efecte juridice de nivelul capitalului social se are în vedere atât capitalul social subscris cât și

Nici această dizolvare nu este o măsură implacabilă avându-şi izvorul în voinţa asociaţilor care aleg între variantele limitative permise: reîntregirea capitalului social, reducerea sa sau dizolvarea societăţii. Dacă acţionarii refuză soluţia dizolvării atunci societatea trebuie ca până la încheierea exerciţiului financiar ulterior celui în care au fost constatate pierderile să reducă capitalul social cu un cuantum cel puţin egal cu cel al pierderilor care nu au putut fi acoperite din rezerve sau să refacă activul net social prin majorarea capitalului social. În lipsa optării de către acţionari pentru soluţiile salvatoare orice persoană interesată se poate adresa instanţei pentru a cere dizolvarea societăţii. Dizolvarea poate fi cerută şi în cazul în care acţionarii au optat pentru soluţiile de modificare a societăţii, dar nu le respectă. În toate cazurile instanţa poate acorda societăţii un termen de până la 6 luni pentru regularizarea situaţiei. Societatea nu va fi dizolvată dacă reconstituirea activului net până la nivelul unei valori cel puţin egale cu jumătate din capitalul social are loc până în momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătoreşti de dizolvare [art. 153 alin. (2)-(4) LS].

631. Societăţile în nume colectiv. Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic este o excepţie creată de legiuitor, fiind singura societate alcătuită dintr-un singur asociat. În cazul societăţii în nume colectiv, tratată aici, acest lucru nu este permis. Din această cauză şi pentru că modificările intervenite în capacitatea unui asociat nu pot fi indiferente celorlalţi asociaţi societăţile de persoane sunt sensibile la actele şi faptele juridice ce afectează persoana asociatului[1]. Societatea în nume colectiv se dizolvă în cazul în care *numărul asociaţilor* se reduce la unul singur prin falimentul, incapacitatea, excluderea, retragerea sau decesul unui asociat (art. 229 LS).

Şi în aceste situaţii societatea poate subzista dacă voinţa asociaţilor exprimată aprioric a prevăzut o clauză de continuare a pactului societar cu moştenitorii asociatului decedat sau voinţa asociatului rămas este exprimată pentru transformarea societăţii într-o societate cu răspundere limitată cu asociat unic.

632. Societăţile în comandită simplă şi comandită pe acţiuni. De esenţa societăţilor în comandită este existenţa asociaţilor comanditaţi (unul sau mai mulţi) alături de cei comanditari sau acţionari. Dacă din cauzele menţionate, faliment, incapacitate, excludere, retragere sau deces, nu mai rămâne nici un *asociat comanditat*, societatea nu mai poate subzista în această formă fiind dizolvată sau transformată prin voinţa asociaţilor rămaşi în alt tip de societate dintre cele legal predefinite. Societăţile în comandită pe acţiuni se dizolvă şi în cazul în care activul net contabil ajunge inferior unei jumătăţi din capitalul social sau în cazul reducerii capitalului sub minimul legal, dacă capitalul social nu este reîntregit sau redus la suma rămasă sau societatea nu se transformă în altă formă la care capitalul social este corespunzător. Acestor societăţi le este incidentă şi limita minimă a capitalului social, ca la societăţile pe acţiuni, cu sancţiunea dizolvării pentru reducerea acestuia sub minimul legal.

---

fondul de rezervă, a se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 693; *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 400. Reglementarea prezentă acoperă interpretarea (sub imperiul legii vechi), activul net incluzând şi aceste rezerve.

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 571.

633. Societatea cu răspundere limitată. Societatea se dizolvă în cazul în care *numărul asociaților* se reduce la unul singur prin falimentul, incapacitatea, excluderea, retragerea sau decesul unor asociați[1]. Și în aceste situații societatea poate subzista dacă voința asociaților exprimată aprioric a prevăzut o clauză de continuare a pactului societar cu moștenitorii asociatului decedat sau voința asociatului rămas este exprimată pentru transformarea societății într-o societate cu răspundere limitată cu asociat unic. Societatea în cauză se dizolvă și în cazul reducerii activului net contabil sub valoarea unei jumătăți din capitalul social[2] sau al reducerii sub minimul legal dacă nu este reîntregit, redus la valoarea rămasă sau transformată societatea în altă societate fără condiționări în privința capitalului minim.

Societatea cu răspundere limitată cu asociat unic mai cunoaște un caz de dizolvare în cazul încălcării interdicției privind numărul de societăți de acest fel pe care le poate înființa o persoană de drept, respectiv una singură. Un acest caz statul, prin Ministerul Finanțelor, sau orice persoană interesată poate cere dizolvarea societății [art. 14 alin. (3) LS].

Subsecțiunea a 3-a. Procedura dizolvării

634. Procedura generală. Procedura dizolvării diferă după cum este una voluntară sau una judiciară. Legea instituie o obligație generală de publicitate a divizării, indiferent de tip, prin înscriere în registrul comerțului și publicare în Monitorul Oficial, cu excepția trecerii timpului stabilit pentru durata societății, a cărei publicitate este realizată la constituirea societății.

Dizolvarea voluntară va urma regimul hotărârilor asociaților de modificare a actelor constitutive trebuind să fie înscrisă în registrul comerțului și publicată în Monitorul Oficial. Hotărârea în cauză nu poate fi revocată decât sub rezerva neînceperii nici unei repartiții din activele societății. Fiind o hotărâre a asociaților, îi sunt atașate și căile comune de cenzurare, respectiv acțiunea în anulare pentru asociați și opoziția pentru terțele persoane care dovedesc un interes, în termenele legale în lipsa altor dispoziții speciale.

Dizolvarea judiciară își are originea într-o hotărâre judecătorească care a finalizat procedura judiciară. Termenul de publicare (înregistrare în registrul comerțului) al acestei hotărâri este de 15 zile de la data când aceasta a rămas definitivă. În cazul dizolvării – sancțiune, hotărârea se înregistrează în registrul comerțului, se publică în Monitorul Oficial și este comunicată organului fiscal, de la data rămânerii definitive a acesteia societatea intrând în lichidare.

Dizolvarea societății este în primul rând o modificare statutară, în sensul inițierii stingerii raportului juridic statutar. În consecință respectarea regimului de publicitate și

---

[1] Pentru dizolvarea societății ca urmare a retragerii unor asociați, a se vedea C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 3415/1997, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1997, op. cit., p. 506; C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 2049/1997, în Dreptul nr. 4/1998.

[2] Procedura și consecințele reducerii activului net contabil sub jumătate din valoarea capitalului social sunt comune pentru societățile pe acțiuni, în comandită pe acțiuni și cu răspundere limitată.

cenzură tipic modificărilor societății este unul aşteptat. Specific acestei proceduri este declanşarea procedurii subsecvente a lichidării societății.

635. Proceduri speciale. Numeroase domenii de activitate supuse unor legi speciale ce reglementează funcționarea, modificarea, dar şi încetarea societăților cu obiect de activitate situat în acel domeniu. Este cazul domeniilor supuse supravegherii unei autorități administrative de reglementare care are atribuții şi în autorizarea funcționarii acestor societăți (Autoritatea de Supraveghere Financiară, Banca Națională a României etc.). În aceste cazuri, anularea sau *retragerea-sancțiune a autorizației* de funcționare atrage în mod natural dizolvarea societății respective. În lipsa autorizației respective obiectul de activitate, de cele mai multe ori exclusiv, nu mai poate fi realizat. Normele legale pot să prevadă direct şi obligatoriu incidența dizolvării sau să apeleze la calea mediată a imposibilității realizării obiectului de activitate, să oblige la dizolvare prin hotărâre a organelor statutare. Astfel, în cazul societăților având ca obiect de activitate serviciile şi activitățile de investiții, societăți de servicii de investiții financiare (SSIF), anularea sau retragerea autorizației de funcționare de către autoritatea administrativă competentă, A.S.F., duce la dizolvarea societății respective. Dizolvarea este însă mediată de hotărârea organelor statutare. În reglementarea proprie pieței de capital, A.S.F. dispune retragerea autorizației de a presta servicii si activități de investiții unei SSIF în urma cererii voluntare a acesteia, prin decizie, sau ca urmare a încălcării legislației pieței de capital, prin ordonanță de sancționare. În concret cazurile de retragere a autorizației privesc situația în care SSIF nu a început sa presteze serviciile de investiții pentru care a fost autorizată, în termen de 12 luni de la primirea autorizației sau nu a prestat nici unul din serviciile autorizate pe o perioadă mai mare de 6 luni, dacă SSIF nu mai îndeplineşte condițiile care au stat la baza emiterii autorizației, SSIF nu respectă reglementările privind adecvarea capitalului, SSIF sau agenții săi pentru servicii şi activități de investiții nu respectă reglementările A.S.F. sau ale pieţelor reglementate (art. 12 din Legea nr. 297/2004). În toate cazurile când SSIF renunță la autorizație sau autorizația a fost obținută pe baza unor declarații sau informații false ori care au indus în eroare, A.S.F. retrage autorizația de a presta servicii şi activități de investiții. Subsecvent actului administrativ de retragere a autorizației, societatea nu mai poate presta activitățile autorizate. Acest eveniment nu atrage implacabil dizolvarea societății. După retragerea autorizației, SSIF are obligația să convoace în termen de maximum 30 de zile adunarea generală a acționarilor proprii pentru a hotărî asupra dizolvării şi lichidării societății sau în privința modificării corespunzătoare a societății: schimbarea obiectului de activitate şi eliminarea din denumirea acesteia a sintagmei rezervate de „societate de servicii de investiții financiare" sau „SSIF".

În cazul în care societatea nu-si respectă obligația, A.S.F. va solicita tribunalului competent să dispună convocarea adunării generale a acționarilor în vederea dizolvării sau modificării SSIF (art. 9 din Regulamentul C.N.V.M./A.S.F. nr. 32/2006).

Reglementarea pieței de capital este similară în privința retragerii autorizației de funcționare şi a alternativei dizolvării în privința societății de tip operator de piață (art. 29 din Regulamentul nr. 2/2006), tip depozitar central (art. 117 din Regulamentul nr. 13/2005) etc. În domeniul asigurărilor autoritatea de supraveghere şi reglementare

este tot Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.) Sectorul Asigurări, care autorizează constituirea, modificarea şi încetarea societăților cu obiect de activitate în domeniul asigurărilor.

În domeniul comerțului de bancă autoritatea administrativă, banca centrală, îndeplineşte această funcție în baza statutului său şi poate să retragă autorizația de funcționare şi efectuare de activități bancare. Autoritatea administrativă poate solicita dizolvarea judiciară pentru imposibilitatea îndeplinirii obiectului de activitate subsecvent retragerii autorizației de funcționare.

Subsecțiunea a 4-a. Efecte juridice

636. Consecințele dizolvării. Dizolvarea, voluntară sau judiciară, este primul pas, ireversibil de regulă, spre extincția personalității juridice a societății. Efectul principal, legal recunoscut, este deschiderea procedurii lichidării[1], cu excepțiile cunoscute: societățile absorbite în procedura de fuziune sau societatea divizată total în procedura de divizare. În aceste cazuri dizolvarea este urmată de transferul universal al patrimoniului către societatea absorbantă, nou-înființată sau beneficiară, fără incidența unei proceduri de lichidare.

Dizolvarea reprezintă pasul principal spre extincția voinței sociale. Obiectul de activitate constitutiv al societății se transformă. Toate operațiunile societății vor avea ca scop lichidarea ei, nemaifiind guvernate în mod liber de o voință socială formată în condițiile actului constitutiv. Dizolvarea duce la dispariția organelor instituționalizate ale societății, dar încheierea mandatului lor nu este recunoscută legal decât în momentul numirii lichidatorilor, momentul preluării atribuțiilor de alte organe specializate, deoarece societatea nu poate rămâne neguvernată. Momentul incidenței dizolvării (din ziua expirării termenului fixat pentru durata societății, de la data la care dizolvarea a fost hotărâtă de adunarea generală sau declarată prin sentința judecătorească) are efecte directe asupra mandatului administratorilor, chiar dacă acesta nu încetează de drept. Din acest moment şi până la preluarea funcției de către lichidatori, directorii, administratorii, respectiv directoratul, nu mai pot întreprinde operațiuni noi, sub sancțiunea răspunderii personale şi solidare în privința acțiunilor întreprinse [art. 233 alin. (2) LS]. Voința socială, ca şi voința asociaților în privința actului constitutiv, nu mai pot produce efecte viitoare depline. Dacă lichidarea are un efect extinctiv în privința personalității juridice însăşi, dizolvarea distruge voința socială şi voința asociaților în privința actelor constitutive. Actul constitutiv şi-a produs efectele la data dizolvării, mai puțin cele legate de lichidarea patrimoniului societății. De principiu orice raport juridic poate fi modificat prin voința părților pe toată durata sa de existența. Ulterior dizolvării societăților, voința asociaților încetează a mai guverna raportul juridic creat de actul constitutiv fiindcă acesta subzistă numai pentru finalitatea limitată a lichidării patrimoniale. Personalitatea juridică a societății supraviețuieşte actului dizolvării, dar suportă alterări majore. Capacitatea de exercițiu a societății este limitată la încheierea de acte juridice subsecvente lichidării patrimoniale. Capacitatea de

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 150.

folosinţă suferă şi ea limitări prin eliminarea obiectului de activitate originar şi păstrarea unei vocaţii strict legată de lichidarea patrimoniului.

Legea înlătură în cazuri particulare efectul implacabil al dizolvării. Dacă dizolvarea este una voluntară, prin hotărâre a asociaţilor, aceştia vor putea reveni, cu majoritatea cerută pentru modificarea actului constitutiv, asupra hotărârii luate, atât timp cât nu s-a făcut nicio repartiţie către asociaţi (art. 231 LS). Hotărârea de revenire indicată este supusă înregistrării în registrul comerţului şi publicării în Monitorul Oficial al României. Creditorii personali ai asociaţilor sunt prejudiciaţi de înlăturarea dizolvării şi pot, alături de orice parte lezată de hotărâre, să exercite calea *opoziţiei*, în condiţiile generale ale acestei acţiuni.

Secţiunea a 2-a. Lichidarea

Subsecţiunea 1. Procedura generală

637. Noţiune. Lichidarea societăţilor cu personalitate juridică nu are o existenţă independentă. Ea este un rezultat necesar al dizolvării societăţii[1]. Jurisprudenţa şi doctrina[2] au statuat constant caracterul accesoriu şi obligatoriu al lichidării faţă de dizolvare[3]. Fără lichidarea patrimonială, dizolvarea nu reuşeşte să producă efecte juridice depline. Lichidarea are un caracter necesar şi subsecvent dizolvării[4]. Odată anihilat obiectul de activitate constitutiv, societatea nu îşi justifică cu nimic existenţa. Personalitatea sa juridică subzistă[5] doar pentru finalitatea lichidării[6]. Bazele

---

[1] C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 614/1996, în Dreptul nr. 3/1997: „Dizolvarea şi lichidarea societăţilor comerciale constituie faze distincte ale procesului de încetare a existenţei societăţii comerciale, declanşarea acestuia având loc prin dizolvare, care asigură premisele lichidării patrimoniului societăţii".

[2] C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 1277/1998, în Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul 1999, op. cit., p. 301, statuează pentru o societate cu răspundere limitată ca procedura lichidării „poate fi declanşată numai după dizolvarea societăţii, pentru motivele arătate la art. 224, în condiţiile prevăzute de art. 222 (1) lit. a)-g) [Legea societăţilor în forma de la acea dată], între care şi prin hotărârea adunării generale", în acelaşi sens C.S.J., Secţia comercială, decizia nr. 359/1993, în Buletinul Jurisprudenţei. Culegere de decizii pe anul 1993, op. cit., p. 232, şi în Dreptul nr. 8/1994, p. 92: „Procedura instituită prin Legea nr. 31/1990 privind încetarea existenţei societăţii prin dizolvare constituie o fază distinctă şi numai după parcurgerea acestea se poate trece la faza lichidării societăţii, care se dispune de adunarea generală, competentă să numească şi lichidatorii". A se vedea şi *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 725.

[3] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 578. Obligativitatea lichidării este un principiu general al procedurii. Pentru o opinie contrară, *I.N. Finţescu*, op. cit., vol. I, p. 299.

[4] Doctrina reţine că principii generale ale lichidării sunt limitarea personalităţii juridice la nevoile lichidării, efectuarea procedurii în interesul acţionarilor şi caracterul obligatoriu. *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 273-276.

[5] *Ph. Merle*, op. cit., p. 152.

[6] C.A. Constanţa, Secţia comercială, decizia nr. 160/1998: „Prin sentinţa civilă nr. 731/1997, a Tribunalului Constanţa, s-a respins acţiunea având ca obiect excluderea unui asociat din SC C.

contractuale ale societății subzistă doar pentru repartizarea patrimoniul său asociaților, după îndestularea terților creditori. De altfel doctrina veche distingea între un sens restrâns al lichidării care se întindea de la momentul dizolvării până la divizarea activului rămas între asociați. Practic materia partajului societar era străină lichidării propriu-zise[1].

Alături de caracterul necesar, se recunoaşte lichidării caracterul de operațiune în interesul asociaților[2], însă fără a vătăma pe creditori, în contrapunere cu lichidarea judiciară din procedura insolvenței[3]. Ceea ce le diferențiază în primul rând este motorul inițial care constă, de principiu, în voința asociaților pentru dizolvarea şi lichidarea societății şi în acțiunea creditorilor în procedura judiciară. Procedura insolvenței cunoaşte şi o deschidere a procedurii la cererea debitorului care poate fi înțeleasă în cazul societăților ca o exprimare de voință în cadrul adunărilor generale. Efectele procedurale în cele două cazuri diferă mult. Dacă deschiderea procedurii prevăzută de Codul insolvenței implică o condiție premisă, de incapacitate de plată, şi nu duce invariabil la extincția persoanei juridice (în condițiile procedurii generale în care a fost formulată intenția de reorganizare şi planul propus este aprobat şi confirmat), lichidarea generată de dizolvare nu oferă alternativă.

Procesul de lichidare prevăzut de Legea nr. 31/1990, prin contrapunere cu procedura specială a insolvenței, este o procedura extrajudiciară, realizată de lichidatori în baza puterilor conferite. Jurisprudența a statuat că această activitate de lichidare este de competența lichidatorilor, iar „implicarea instanței judecătoreşti în operațiunea de lichidare este greşită"[4], bineînțeles dincolo de căile de cenzură expres reglementate de lege. Se reține „că instanța nu are competența de a se subroga în atribuțiile lichidatorilor ci, sesizată fiind, va soluționa opozițiile formulate de asociați sau creditori la situațiile financiare de lichidare şi propunerile de repartizare a activului între asociați"[5].

SRL, întrucât prin sentința nr. 3191/1992 a Judecătoriei Constanța, definitivă şi irevocabilă, societatea în cauză a fost dizolvată, în prezent aflându-se în lichidare, fază în care drepturile foştilor asociați sunt limitate, exclusiv, la tot ce ține de lichidare".

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 577.

[2] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 176/1993 referitoare la radierea înmatriculării din registrul comerțului pentru refuz de predare a unei părți din patrimoniu, în Dreptul nr. 8/1994, p. 89, care mai prevede: „pronunțarea unei soluții de radiere din registrul comerțului este extrema întrucât o asemenea măsură echivalează cu încetarea existenței pârâtei ca persoană juridică, fapt care este de natură să afecteze grav interesele unui mare număr de acționari".

[3] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 580. Lichidarea este prevăzută în favoarea asociaților şi numai în secundar a creditorilor.

[4] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 359/1993, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1993, op. cit., p. 232, şi în Dreptul nr. 8/1994, p. 92. În acelaşi sens *V. Roş*, Dizolvarea societăților comerciale. Particularități ale dizolvării pe cale judiciară. Lichidarea societăților comerciale. Momentul în care intervine. Rolul instanței de judecată în mersul lichidării, în RDC nr. 1/1996, p. 70.

[5] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 1084/1996, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1996, op. cit.: „se constată că operațiunea propriu-zisă de lichidare şi repartizare a patrimoniului societății nu este de atributul instanțelor, astfel că şi sub acest aspect instanțele au soluționat corect cauza".

Lichidarea este asimilată cu o fază finală, extrajudiciară[1] și necesară, care consfințește încetarea tuturor efectelor juridice ale actului constitutiv, golind de substanță patrimoniul social prin repartiții către asociați, după acoperirea debitelor față de terți, și ducând la încetarea personalității juridice însăși.

Încetarea unei societăți cu personalitate juridică nu este o operațiune unică și instantanee. Inițial, prin dizolvare, are loc o restrângere a efectelor actului constitutiv, o schimbare a obiectului societății și suprimarea voinței sociale. Lichidarea înlătură și celelalte atribute ale subiectului de drept, respectiv patrimoniul și personalitatea juridică. Radierea persoanei juridice va fi un simplu act constatator al încetării societății care aduce și la cunoștința terților o realitate deja existentă în urma lichidării patrimoniale.

638. Mandatul lichidatorilor. Administratorii societății aduc la îndeplinire obiectul de activitate al societății, conform mandatului acordat de societate, prin voința formată în cadrul legii și actului constitutiv. Prin limitarea obiectului de activitate și extincția voinței sociale, mandatul administratorilor ar rămâne fără obiect. Schimbarea obiectului mandatului este marcată de introducerea conceptului de lichidatori. Natura juridică a raportului dintre societate și lichidatori este în general asimilată cu cea a raportului juridic dintre administratori și societate. Lichidatorii sunt mandatarii societății[2], cu prevederile legale speciale care întregesc raportul lor juridic cu societatea. Legea societăților subliniază caracterul imperativ al normelor privind lichidarea care se aplică la toate societățile cu întâietate față de prevederile statutare care nu pot contraveni regimului legal [art. 252 alin. (4) LS]. Diferența dintre cele două raporturi va fi de conținut, nu de natură. Mandatul lichidatorilor privește strict repartizarea, după transformarea în formă bănească și îndestularea creditorilor, patrimoniului în scopul încetării societății. Mandatul lichidatorilor are totuși caracteristici aparte. În cazul administratorilor, aceștia își primesc mandatul prin voința exclusivă a societății, formată prin ponderarea voințelor asociaților cu cota de capital deținută în condițiile legii și ale actului constitutiv. Mandatul lichidatorilor poate însă transcende voința socială și poate avea un izvor judiciar. În cazul imposibilității numirii, și numai în acest caz, datorită deformării voinței sociale, sau în cazul dizolvării judiciare, lichidatorii vor fi numiți de instanța de judecată. Mandatul judiciar își are explicația în caracterul necesar al lichidării. Numirea lichidatorilor nu trebuie să fie împiedecată de vre-un impediment. În cazul lichidatorilor prevalează caracterul legal al raporturilor lor cu societatea față de normele specifice mandatului. Conținutul și puterile minimale, obligatorii, ale mandatului lor sunt stabilite prin lege. Chiar în aceste condiții, voința socială, care se poate accepta că subzista și ea doar pentru scopul lichidării, se poate exprima în scopul revocării, *ad nutum*, și înlocuirii acestora[3].

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 582. Lichidarea este în principal reglementată de asociați.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 277; *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 303.

[3] În acest sens era și practica veche, respectiv „instanța este obligata sa numească lichidatori persoanele asupra cărora asociații au căzut de acord și, de asemenea, să-i înlocuiască cu alte per-

Chiar când lichidatorul are un mandat încredințat printr-o procedură judiciară, nu se poate sustrage unei asemenea exprimări a voinței asociaților dacă aceasta se poate forma în condițiile majorității sau unanimității prevăzute de lege. Crearea cadrului de formare a voinței asociaților pentru acest scop, publicitatea convocării în condițiile legii, incumbă societății prin persoana lichidatorului, sau cenzorilor, acolo unde există, sub controlul cărora aceștia își exercită mandatul.

Începutul mandatului administratorilor are o reglementare imperativă. Astfel, aceştia își intră în atribuții doar după depunerea și înregistrarea la oficiul registrului comerțului și publicarea în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a a actului lor de numire, cuprinzând puterile conferite. La acestea se adaugă și formalitatea depunerii semnăturii lor în registrul comerțului, specifică tutor reprezentanților societății. Actul în sine de numire este reprezentat de hotărârea asociaților sau hotărârea judecătorească de numire. Schimbările ulterioare privind persoana lor sau la puterile conferite trebuie urmează același regim de publicitate.

Până la preluarea funcției de către lichidatori, administratorii și directorii, respectiv membrii directoratului, continuă să-și exercite atribuțiile, cu excepția celor care privesc operațiuni noi.

Doar după realizarea publicității numirii lichidatorilor aceștia pot să-și exercite funcția. Pentru a evita un inter-regn și o sincopă de reprezentare a societății, mandatul administratorilor, directorilor, respectiv membrilor directoratului în sistem dualist este prelungit de drept până la preluarea funcției de lichidator, cu limitări în privința conținutului acestuia (art. 233 LS).

639. Persoana lichidatorilor. Spre deosebire de administratori, lichidatorii sunt numiți exclusiv dintre persoane atestate, respectiv practicieni în insolvență, membri ai Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România (UNPIR)[1]. Lichidatorii vor putea fi persoane fizice sau persoane juridice, iar reprezentanții permanenți, persoane fizice ai societății lichidatoare, trebuie sa fie lichidatori autorizați (art. 252 LS). Practicienii în insolvență își pot exercita profesia în cabinete individuale, societăți profesionale cu răspundere limitată (SPRL) și întreprinderi unipersonale cu răspundere limitată sau pot avea calitatea de colaboratori ori angajați ai uneia dintre formele de exercitare a profesiei[2]. Lichidatorii își îndeplinesc mandatul sub controlul cenzorilor, în societățile în care aceștia există. În sistemul dualist lichidatorii își îndeplinesc mandatul sub controlul consiliului de supraveghere și întotdeauna sub controlul asociaților, față de acțiunile pe care aceștia le au la îndemână. Răspunderea lichidatorilor va fi aceeași cu cea a administratorilor sau membrii directoratului în sistem dualist [art. 253 alin. (2) LS].

UNPIR publică periodic tabloul uniunii cu persoanele fizice și juridice, române și străine, autorizate să desfășoare activități în calitate de administratori și lichidatori judiciari, administratori concordatori și mandatari ad-hoc, atât în cadrul procedurii concordatului, insolvenței, cât și în cadrul procedurii gestionată de Legea nr. 31/1990.

---

soane indicate de asociați, când aceștia se învoiesc". Cas., Secția a III-a, decizia nr. 1962/1936, după *V. Pătulea, C. Turianu*, Instituții de drept economic și comercial, București, 1994, p. 351.

[1] O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, modificată prin Legea nr. 222/2012, care a abrogat O.U.G. nr. 79/1999.

[2] Art. 4 din O.U.G. nr. 86/2006.

640. Conținutul mandatului lichidatorilor. Natura juridică legală și contractuală (mandat) conferă conținutul atribuțiilor lichidatorilor. Dimensiunea contractuală poate adăuga puterilor lor, însă reglementarea legală este cea care stabilește un conținut minimal care determină poziția lichidatorilor față de societate[1].

Conform statutului lor juridic, lichidatorii sunt îndreptățiți, în afară de puterile conferite lor de asociați, care trebuie să conveargă cu scopul lichidării, să reprezinte societatea în orice procedură judiciară, să execute și să termine operațiunile curente, să încaseze, să lichideze creanțele, să onoreze debitele, să facă tranzacții, să transforme în bani bunurile mobile și imobile ale societății, pe calea licitației publice, în general să facă orice operații necesare lichidării (art. 255 LS). Lichidatorilor li se recunosc atribuții principale care țin de realizarea inventarului societății, recuperarea creanțelor societății, realizarea activului social și plata creditorilor societății[2]. Lichidatorii sunt chemați să recupereze sumele datorate societății, să plătească creditorii societății și dacă sumele sunt suficiente, să restituie aporturile acționarilor[3]. Operațiunea de restituire este una mai largă, privind de fapt rezultatul lichidării, care poate fi mai mare sau mai mic decât aporturile inițiale ale asociaților.

Atribuțiile lichidatorilor au și o reglementare negativă, respectiv fără autorizare statutară specială sau judiciară lichidatorii nu pot să constituie ipoteci asupra bunurilor societății, după cum le sunt interzise și operațiuni noi care exced scopului lichidării și pentru care sunt ținuți răspunzători personal și solidar[4].

641. Procedura. Normele privind lichidarea societăților par destul de eliptice. Pluralitatea de lichidatori nu este reglementată expres, rezultând însă în mod clar posibilitatea acestei pluralități. Drept consecință nu există un organ colegial de lichidare, urmând a fi aplicate regulile mandatului în privința exercitării de fiecare a îndatoririlor sale[5]. În doctrină au fost decelate fazele principale ale procesului de lichidare: *înlocuirea organelor societății*, administratorii cu lichidatorii, *predarea gestiunii* în condițiile prescrise, restrângerea obiectului de activitate în scopul *acoperirii pasivului social* și realizarea acoperirii acestui pasiv, a satisfacerii drepturilor asociaților și *radierea* din registrul comerțului a societății lichidate[6].

Legea societăților trimite mereu la instituția administratorilor în materia lichidării, însă conținutul mandatului acestora este diferit în parte.

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 596.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 156.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 217.

[4] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 600.

[5] Art. 2022 alin. (2) C.civ. Actele mandatarilor individuali obligă mandantul în lipsă de convenție care să-i oblige să lucreze împreună. În același sens, sub reglementarea Codului comercial, Cas., Secția a III-a, decizia nr. 86/1938, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 122: „O somație adresată de o societate în lichidare unui al treilea, chiar semnată numai de un lichidator este valabilă (...)".

[6] În acest sens, *O. Căpățână*, op. cit., p. 378. A se vedea și *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 724; *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 301.

Administratorii preiau în administrare un patrimoniu, pe bază de inventar, situații financiare și eventual a unui raport al administratorilor, patrimoniu pe care trebuie să-l aducă la o formă lichidă care să se preteze repartizării.

Titlul VII din legea societară mai face referire la adunările generale în procedura lichidării[1]. Credem însă că voința socială în sine a încetat odată cu începerea procesului de lichidare. Aceasta se dezintegrează în voințele originare ale asociaților/acționari. Co-contractanți într-un act constitutiv, contract multilateral, care după dizolvare produce efecte doar în privința modului de repartizare a activului patrimoniului, aceștia își urmăresc în mod individual realizarea creanței asupra societății în lichidare. Prin intrarea societății în lichidare, drepturile lor asupra patrimoniului societății, care în timpul funcționarii societății aveau un caracter potențial, devin actuale și exigibile prin întocmirea situațiilor financiare de lichidare[2]. În timpul procesului de lichidare lichidatorul preia funcțiunile adunării generale, în sensul de continuator al voinței sociale originare. Relația lichidatorului cu societatea diferă de mandatul, de esență contractuală, al administratorilor care nu se confundau niciodată cu mandantul lor.

Dreptul recunoscut adunărilor asociaților/acționarilor de a numi și revoca lichidatorii este unul care transcende voința socială instituționalizată, fiind doar o exprimare a voințelor asociaților participanți la pactul constitutiv al societății. În timpul lichidării societății fiecare asociat își exercită individual drepturile asupra debitorului comun, societatea cu personalitate juridică în lichidare.

Repartizarea în sine a activului societății către asociați nu poate transcende voinței aprioric exprimate de către aceștia prin actul constitutiv. În lipsă de stipulație, aceștia au vocație la o cotă din patrimoniu, de fapt din activul rămas după lichidarea pasivului, egală cu cota de participare la capitalul social[3].

Atribuțiile lichidatorilor creionează și desfășurarea procedurii. După întrarea în funcție și preluarea patrimoniului de la administratori, lichidatorii canalizează resursele societății spre satisfacerea drepturilor creditorilor și pregătirea repartizării rezultatului rămas către asociați.

642. Planificarea temporală a procedurii. O procedură precum lichidarea nu se poate întinde *sine die*. Societatea are, ca efect al dizolvării, amputată rațiunea de a fi, desfășurarea activităților economice, astfel încât prezența sa în circuitul economic este una care trebuie restrânsă cât mai mult posibil din punct de vedere temporal. Publicitatea făcută dizolvării trebuie să atenționeze terții despre iminenta sa dispariție ca persoană juridică. De altfel toate actele emanând de la societate trebuie sa arate ca

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 584. Adunarea generală subzistă procedurii lichidării, dar activitatea ei găsește un zăgaz în procedura de lichidare.

[2] Dreptul asupra părții cuvenite din lichidarea societății este unul din drepturile fundamentale ale acționarilor. *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 297.

[3] În același sens și C.A. Galați, Secția comercială, decizia nr. 342/R/1998: „Instanța de fond a înlăturat greșit bilanțul de lichidare a patrimoniului întocmit de lichidator, nesocotind clauzele existente în contractul de asociere și statutul societății, care prevedeau expres că participarea fiecărui asociat la beneficii și pierderi este proporțională cu procentul aportului social al fiecărui asociat la capital".

aceasta este în lichidare [art. 252 alin. (5) LS]. Societatea își păstrează personalitatea juridică pentru scopurile lichidării, păstrând sediul social și denumirea persoanei juridice însă mențiunea societate în lichidare devine parte a atributului de identificare social[1].

Legea societară indică un termen maxim pentru încheierea procedurii, lichidarea societății trebuie terminată în cel mult un an de la data dizolvării. În mod excepțional, și pentru motive temeinice, tribunalul poate prelungi acest termen cu perioade de câte 6 luni, dar nu cu mai mult de 24 de luni în total (art. 260 LS). Deci nici în mod excepțional procedura nu poate depăși trei ani, un termen deja destul de îndelungat. Începerea procedurii este legată de numirea și înregistrarea lichidatorilor, astfel încât acest lucru trebuie realizat în termen de cel mult 30 de zile de la dizolvare, în forma voluntară care implică exprimarea voinței asociaților.

Lichidatorul își începe mandatul cu *preluarea gestiunii* și realizarea unei radiografii a situației patrimoniale a societății. Lichidatorii sunt obligați, după preluarea funcției, ca împreună cu directorii și administratorii, respectiv cu membrii directoratului societății, să facă un *inventar* și să încheie un bilanț care să constate situația exactă a activului și pasivului societății, situații asumate prin semnătură [art. 253 alin. (2) LS]. Subsecvent unor asemenea operațiuni de evaluare patrimonială lichidatorul trebuie întocmească un *raport* privind situația economică a societății, în termen de 60 de zile de la numire, raport supus menționării în registrul comerțului [art. 260 alin. (4) LS]. Concluziile acestui raport pot atrage consecințe legale importante. Procedura voluntară sau judiciară a lichidării nu exclude incidența procedurii insolvenței (falimentului) asupra societății.

În concret, dacă raportul lichidatorilor relevă o asemenea situație, respectiv dacă debitorul îndeplinește condițiile pentru deschiderea procedurii simplificate de insolvență, lichidatorul are obligația de a solicita deschiderea acestei proceduri în termen de 15 zile de la data depunerii raportului. În acest mod incidența procedurii insolvenței poate interveni dincolo de condițiile ei naturale de incidență (la cererea creditorilor sau a debitorului). Practic lichidarea societară voluntară este convertită într-o lichidare judiciară sub cenzura judecătorului sindic.

Activitatea lichidatorului este punctată de obligativitatea depunerii regulate de rapoarte asupra stadiului operațiunii în scopul verificării îndeplinirii obligațiilor sale. Astfel, la 6 luni de la numire, lichidatorul trebuie să depună la oficiul registrului comerțului un raport privind stadiul operațiunilor de lichidare. La împlinirea termenului limită pentru procedură, de un an de la numire, lichidatorul depune un nou raport la oficiul registrului comerțului împreună cu autorizarea instanței pentru prelungirea excepțională a procedurii, obligație reiterată pentru fiecare prelungire ulterioară a termenului de lichidare

Obligațiile de raportare ale lichidatorilor sunt prevăzute sub sancțiunea răspunderii contravenționale pentru lichidatori.

643. Reguli de stingere a pasivului. Deși procedura lichidării din materia societară nu este instituită la cererea creditorilor garanțiile acordate acestora, prezente în toată materia societară, nu puteau să lipsească în ultima fază a existenței unei societăți.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 153.

Stingerea pasivului este prioritară în procedura lichidării față de satisfacerea drepturilor asociaților, care rămân niște drepturi subordonate acestui imperativ categoric. Lichidatorii nu pot plăti asociaților nicio sumă în contul părților ce li s-ar cuveni din lichidare, înaintea achitării creditorilor societății [art. 256 alin. (1) LS]. Ordinea operațiunilor este astfel fixată ferm de legiuitor. Excepția tine de situația existenței unui activ net absolut pozitiv, respectiv dacă activul societății excede cu cel puțin 10% pasivul social acționarii pot solicita reținerea sumelor reprezentând pasivul la o instituție de credit și efectuarea repartizărilor aferente drepturilor lor chiar în timpul lichidării [art. 256 alin. (2) LS].

Lichidatorii pot să achite datoriile sociale, pentru operativitate, și cu propriile fonduri, însă în acest caz nu vor putea să exercite împotriva societății drepturi mai mari decât acelea ce aparțineau creditorilor plătiți, cu alte cuvinte mandatul față societate interzice lichidatorului obținerea de beneficii în dauna societății. Raporturile juridice dintre creditori și societate nu sunt modificate nici în privința conținutului, nici în privința formei lor. Faza lichidării nu determină o exigibilitate anticipată sau o modificare a formei de executare[1]. Lichidatorii reprezintă societatea astfel încât în lipsa plății voluntare a datoriilor sociale scadente, creditorii pot exercita contra lichidatorilor acțiunile care decurg din creanțele lor scadente. Executarea silită a titlurilor obținute va urmări bunurile existente în patrimoniul societății. Creditorii primesc totuși, prin efectul legii, unele acțiuni personale. Dacă bunurile sociale sunt neîndestulătoare creditorii pot urmări și asociații, în mod direct, pentru plata sumelor neachitate în contul acțiunilor subscrise sau în privința aporturilor nevărsate către societate[2]. Acest demers îl poate face și lichidatorul în numele societății, respectiv poate cere celor care nu au efectuat integral vărsămintele, având calitatea de debitori față de societate, pentru vărsămintele neefectuate, să-și execute obligațiile.

Dincolo de această situație generală, răspunderea proprie fiecărui tip de societate poate adăuga căi noi de acoperire a pasivului social. Dacă lichidatorii, cu observarea situației financiare anuale, constată ca fondurile de care dispune societatea nu sunt suficiente să acopere pasivul exigibil sunt obligați să solicite sumele neacoperite asociaților care răspund nelimitat (art. 257 LS).

644. Răspunderea asociaților pentru pasivul social. Caracteristicile fiecărui tip de societate atrag răspunderea limitată sau nelimitată a asociaților inclusiv în faza lichidării societăți. Acest principiu a fost subliniat de legea societară în mod explicit pentru întărirea răspunderii asociaților. Dacă un asociat răspunde nelimitat pentru obligațiile societății pe durata funcționarii acesteia, răspunderea sa pentru aceste obligații va fi nelimitată și în faza dizolvării și a lichidării societății [art. 237[1] alin. (1) LS]. În mod corelativ, dacă un asociat răspunde pentru obligațiile sociale în limitele aportului la capitalul social, răspunderea sa va fi limitată la acest aport și în situația dizolvării și lichidării societății.

Aceste principii societare clare sunt puternic destabilizate de o inovație societară mai recentă. Legea societară vrea să sancționeze frauda și utilizarea vehiculelor

[1] *I.L.Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 588.
[2] *I.L.Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 589.

societare dincolo de scopurile pentru care au fost proiectate. Din această cauză statuează că asociatul care abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale şi de personalitatea juridică distinctă a societăţii în frauda creditorilor, pierde *beneficiul separaţiei de patrimonii* şi al *răspunderii limitate* şi răspunde nelimitat pentru obligaţiile neachitate ale societăţii dizolvate, respectiv lichidate. Frauda în dauna creditorilor este o noţiune prea generală astfel încât legiuitorul adaugă câteva prezumţii care activează mecanismul, respectiv atunci când asociatul dispune de bunurile societăţii ca şi cum ar fi bunurile sale proprii sau dacă diminuează activul societăţii în beneficiul personal ori al unor terţi. Toate aceste acţiuni trebuie să aibă reprezentarea pentru asociat a faptului că societatea nu va mai fi în măsură să îşi execute obligaţiile.

Aplicabilitatea acestor norme este mai redusă decât pare. Procedura insolvenţei are mijloace proprii de apărare a creditorilor şi atragere a răspunderii persoanelor responsabile cu pierderea socială. Impactul practic al reglementării este redus şi nu justifică impactul teoretic şi asaltul contra conformaţiei tipurilor de societăţi cu personalitate juridică. Alegerea tipului de societate are în vedere caracteristicile garantate de lege fiecărei societăţi, apărate de norme imperative care nu admit proiectarea particulară a unui tip de societate. Interzicând persoanelor remodelarea principiilor de funcţionare a şabloanelor societare legiuitorul ar trebui să fie consecvent şi să păstreze şi el intacte aceste prototipuri societare.

645. Repartizarea activul social. Partajul societar. Legea societăţilor refuză în general asociaţilor *partajarea convenţională* a activului social, pentru protecţia terţilor. Prin excepţie, în cazul societăţilor de persoane şi cu răspundere limitată asociaţii pot hotărî, odată cu dizolvarea, cu cvorumul şi majoritatea prevăzute pentru modificarea actului constitutiv, şi modul de lichidare a societăţii, atunci când sunt de acord cu privire la repartizarea şi lichidarea patrimoniului societăţii şi când asigură stingerea pasivului sau regularizarea lui în acord cu creditorii. În acest fel lichidarea este lăsată la îndemâna asociaţilor, deşi relaţia cu creditorii nu este suficient reglementată. În astfel de societăţi de persoane asociaţii pot conveni şi în privinţa partajului bunurilor sociale, asupra modului în care activele rămase după plata creditorilor vor fi împărţite între asociaţi. Această situaţie reclamă însă un adevărat act voluntar de drept comun, încheiat cu acordul tuturor asociaţilor [art. 235 alin. (2) LS]. Efectele *actului de împărţeală* se produc după plata creditorilor, în momentul radierii societăţii din registrul comerţului.

Titlul de proprietate este constituit nu de actul de împărţeală al părţilor, ci de certificatul constatator al dreptului de proprietate eliberat de registrul comerţului fiecărui asociat în privinţa bunurilor distribuite. În temeiul acestuia se va realiza publicitatea imobiliară.

În cazul general repartizarea activului social va fi realizată de lichidator conform drepturilor conferite de actul constitutiv. În privinţa împărţirii activului între asociaţi, legea societară nu face multe precizări. Acestea nici nu erau necesare atât timp cât scopul lichidării este transformarea bunurilor în formă lichidă (pe calea licitaţiei). Banii

rămaşi după achitarea debitelor urmează a fi împărţiţi între asociaţi conform actului constitutiv sau cotei de participare deţinută, în lipsă de dispoziţii constitutive[1].

Doctrina a reţinut cazul actelor constitutive particulare care exclud calea vânzării bunurilor din patrimoniu, rămânând să fie aplicabile dispoziţiile Codului civil privind societatea simplă, care conţin în prezent o reglementare aplicabilă în materie[2].

Activul de împărţit poate conţine şi beneficiile care nu au fost repartizate în timpul funcţionării societăţii, asociaţii având drept atât la partea reprezentată de aporturile lor cât şi la *beneficiile nerepartizate*. Regula de repartizare, precum şi eventualele clauze speciale de atribuire sunt cele statutare. În lipsa lor va acţiona principiul proporţionalităţii, respectiv asociaţii sunt îndreptăţiţi la o parte din activul net social proporţional cu participarea lor la capitalul social[3]. Regula este doar un mod de stabilire a cotelor ideale din masa partajabilă fiindcă repartizarea efectivă, partajul, rămâne să fie stabilit de actul constitutiv sau regulile de drept comun. Materia societară cunoaşte în principal lichidarea bunurilor şi repartizarea facilă a sumelor rezultate după cotele legale sau statutare, conform bilanţului de lichidare. Acest lucru nu exclude totuşi *partajarea în natură*, care nu mai este o regulă, cu specificul acestei materii de drept comun.

După „lichidarea desăvârşită, constând în transformarea în numerar a întregului avut social, lichidatorii sunt în drept şi obligaţi să încheie bilanţul de lichidare (situaţiile financiare în prezent) şi propunerea de repartizare"[4]. Lipsa opoziţiilor sau respingerea lor precum şi repartizarea efectivă îi eliberează total pe lichidatori.

646. Radierea societăţii. Încheierea operaţiunilor de lichidare, respectiv acoperirea pasivului şi repartizarea activului obligă lichidatorii la ultima operaţiune ce marchează în mod formal dispariţia societăţii: radierea din registrul comerţului. În mod simetric faţă de constituire, care este marcată de înregistrarea în registrul comerţului, încetarea societăţii este reprezentată de dispariţia înregistrării din acelaşi registru.

În acest scop, în termen de 15 zile de la terminarea lichidării, lichidatorii depun la registrul comerţului cererea de radiere a societăţii din registru, sub sancţiunea unor amenzi cominatorii.

Legea societară instituie şi o radiere din oficiu când procedura de lichidare nu s-a încheiat, sau nu a început prin numirea lichidatorilor, în termenele legale. În toate cazurile hotărârea judecătorească de radiere se comunică societăţii (la sediul social), organelor fiscale şi oficiului registrului comerţului unde este înregistrată societatea, spre menţionare în acest registru. Bunurile rămase din patrimoniul societăţii radiate din registrul comerţului revin acţionarilor, care răspund în limita valorii acestora pentru acoperirea creanţelor.

---

[1] A se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 283; *I.N. Finţescu*, op. cit., p. 311; *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 724.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 262; *D.D. Gerota*, op. cit., p. 191.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 218.

[4] Cas., Secţia a III-a, decizia nr. 451/1925, în Practică judiciară în materie comercială, op. cit., p. 122.

647. Lichidarea în urma dizolvărilor-sancțiune. O procedură simplificată de lichidare, cu remedii necesare, este instituită în situația dizolvărilor de tip sancțiune (art. 236 LS). Astfel de dizolvări sunt strict judiciare. La data la care hotărârea judecătorească de dizolvare rămâne definitivă, persoana juridică intră în lichidare. Dacă în termen de 3 luni de la acest moment nu există un act de numire a lichidatorului, judecătorul delegat, la cererea oricărei persoane interesate, numește un lichidator membru al UNPIR, remunerat din patrimoniul debitoarei sau, în lipsă, din fondul de lichidare constituit în temeiul legii insolvenței (O.U.G. nr. 91/2013 care își propune să abroge Legea nr. 85/2006). Hotărârea de numire se comunică lichidatorului, se publică pe pagina de internet a Oficiului Național al Registrului Comerțului și se afișează la sediul oficiului registrului comerțului competent.

Dacă judecătorul delegat nu a fost sesizat cu nici o cerere de numire a lichidatorului, de nicio persoană interesată, în termen de 3 luni, persoana juridică se radiază din oficiu din registrul comerțului, prin încheiere a judecătorului delegat, pronunțată la cererea Oficiului Național al Registrului Comerțului, cu citarea părților.

Încheierea de radiere este supusă publicității prin registrul comerțului și comunicării către societate, organele fiscale și oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunalul în raza căruia societatea își are înregistrat sediul. Bunurile rămase din patrimoniul persoanei juridice radiate din registrul comerțului revin acționarilor.

Subsecțiunea a 2-a. Dispoziții speciale

648. Introducere. Dispozițiile speciale din materia lichidării acomodează materia generală parcursă cu specificul societar al fiecărui șablon societar. Dispoziții speciale găsim și în fiecare materie unde dizolvarea are un regim special, în materiile reglementate din punct de vedere administrativ. Tipul societar are o importanță deosebită în privința debutului lichidării, respectiv în algoritmul de numire a lichidatorilor și în angrenarea răspunderii asociaților, după tipul de răspundere, limitată sau nelimitată.

649. Lichidarea societăților de persoane și a celor cu răspundere limitată. Lichidarea prevăzută de legea societăților, fiind prin esență o procedură voluntară, legiuitorul se ocupă de numirea lichidatorilor prin trimitere la voința asociaților societății. Societățile în cauză, fiind guvernate de principiul unanimității, alegerea lichidatorului va trebui să fie făcută în acest mod, dacă actul constitutiv nu prevede expres altfel (art. 262 LS). Față de caracterul necesar al lichidării, în lipsa unanimității voințelor asociaților, numirea lichidatorului va fi făcută de instanța de judecată, prin hotărâre supusă apelării de asociați și de administratori. Realizând operațiunile specifice mandatului său, lichidatorul va întocmi situațiile financiare de lichidare[1], supuse înregistrării și publicității prin registrul comerțului și o propunere de repartizare a activului între asociați. Acestea vor fi notificate fiecărui asociat care poate provoca o verificare judiciară a acestora pe calea unei *opoziții* formulate în termen de 15 zile [art. 263 alin. (2) LS]. Normele amintite consfințesc dezintegrarea voinței sociale și a cadrului instituțio-

[1] Pentru prezentarea tuturor cazurilor când se întocmește bilanț contabil (situații financiare), a se vedea *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 398.

nalizat al adunărilor asociaților. Lichidatorii sunt eliberați de obligațiile și mandatul lor prin neexercitarea nici unei opoziții sau când obiectul acestora nu privește lichidarea în sine, ci repartizarea finală a activului rezultat. Lichidatorii nu primesc o descărcare formală de gestiune, ci răspund în față fiecărui asociat pentru operațiunile de lichidare făcute, nu și pentru propunerea de repartizare. Este rolul instanței de judecată, dacă este sesizată, a se pronunța asupra conformității tuturor operațiunilor cu dispozițiile legii și ale actului constitutiv. Jurisprudența s-a pronunțat în sensul exprimării valorice a patrimoniului raportat la valoarea de piață de la data întocmirii situațiilor financiare de lichidare[1].

La societățile în cauză procedura lichidării poate fi suplinită prin voința asociaților, exprimată în condițiile de modificare a actului constitutiv, privind modul de lichidare a pasivului și repartizare a activului între asociați (art. 235 LS). Legea societară distinge între lichidarea propriu-zisă și repartizarea activului între asociați. Deși nu este relevat expres, la aceste societăți se poate discuta de un adevărat *partaj societar*, de atribuirea bunurilor din patrimoniul social asociaților. Încheierea lichidării prin depunerea situațiilor financiare de lichidare și soluționarea opozițiilor, urmată de radiere, încheie procedura și existența societății.

650. Lichidarea societăților emitente de acțiuni. Mandatul lichidatorilor este încredințat acestora de adunarea generală a acționarilor în condițiile formării voinței pentru modificarea actului constitutiv sau de către instanța de judecată dacă aceasta nu se poate forma. Hotărârea judecătorească de numire este supusă apelării de către administratori, membrii directoratului, sau asociații care au solicitat numirea, cu citarea societății. Și în cadrul acestor societăți, voința socială distinctă se dezintegrează odată cu începerea procesului de lichidare. Legiuitorul face o trimitere totuși la adunarea generală atunci când se referă la obligativitatea întocmirii situațiilor financiare și a celorlalte documente contabile atunci când procesul lichidării se prelungește peste durata exercițiului financiar. Însă, așa cum rezultă și din economia legii, nu mai este vorba de cadrul instituționalizat în care se formează voința socială. Este cel mult o prezentare în față acționarilor, o notificare directă a acționarilor, de la care curge termenul de contestare a documentelor contabile. Este sugestiv faptul că împotriva documentelor prezentate fiecare acționar poate face *opoziție*, care în principiu este o cale rezervată terților, nu acționarilor, nu anularea hotărârii adunării. De fapt nu există o asemenea hotărâre. Odată cu dezintegrarea voinței sociale, prin demararea procesului de lichidare, acționarii devin terți față de societate, având de recuperat o creanță, subordonată însă creanțelor creditorilor societății. Acțiunile pe care le au împotriva

[1] C.S.J., Secția comercială, decizia nr. 333/1998, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 1999, op. cit., p. 306: „Sub acest aspect, se constată că în mod greșit soluțiile pronunțate în această cauză în 1996 de către instanța de fond și în 1997 de către instanța de apel, s-au întemeiat pe rezultatele financiar contabile cuprinse într-un bilanț al societății din anul 1991, fără să fie avute în vedere cele de la data dizolvării, în raport cu indicele de actualizare potrivit ratei inflației. Se impune de aceea refacerea lucrărilor de expertiză care să stabilească în mod concret, întinderea drepturilor ce se cuvin părților în litigiu, în urma dizolvării Societății Comerciale F.N. SNC și a evaluării patrimoniului acesteia la valoarea de circulație de la cursul zilei, corespunzător indicelui de inflație".

societății, reprezentată de lichidatori, au toate caracteristicile acțiunilor rezervate terților. Voința lor se delimitează total și nu mai participă la constituirea voinței societății, care se manifestă prin lichidatori. Acțiunile lor, care tind la protejarea patrimoniului debitorului lor, societatea cu personalitate juridică, ca într-o acțiune oblică, vor profita tuturor celorlalți acționari [art. 266 alin. (5) LS]. Consecutiv, nici situațiile financiare finale, de lichidare, nu sunt supuse aprobării unei voințe sociale care nu mai există, ci sunt aduse la cunoștința acționarilor prin realizarea publicității prevăzute de lege, depunerea spre menționare în registrul comerțului și publicarea în Monitorul Oficial, Partea a IV-a [art. 268 alin. (2) LS]. Situațiile financiare și repartizarea pe acțiune a activului societății sunt însoțite de raportul cenzorilor sau raportul auditorilor financiari. Calea de atac a acționarilor este *opoziția* în condițiile generale ale acestei căi de atac.

Procedura lichidării nu exclude incidența procedurii insolvenței dacă sunt îndeplinite condițiile pentru acesta. Starea de insolvență poate fi constatată și de lichidatori, și de creditori, care sunt în drept să solicite deschiderea procedurii insolvenței în condițiile procedurii speciale.

651. Lichidarea societăților în procedura privatizării. Privatizarea este un proces niciodată încheiat care justifică derogări importante pe care legiuitorul le consideră scuzate de scopuri înalte. Societățile țintă ale acestei reglementări sunt societățile la care statul sau o autoritate a administrației publice locale deține o cotă majoritară din capitalul social, care cunosc dispoziții speciale în materia lichidării, așa cum cunosc și în materia divizării, fuziunii și dizolvării (Capitolul VI din Legea nr. 137/2002). Scopul declarat este acela al accelerării procesului de privatizare. În acest scop, odată cu hotărârea de dizolvare si lichidare, adoptată la cererea instituției publice implicată în privatizare, consiliul de administrație este înlocuit cu un administrator unic care notifică toți creditorii cunoscuți și disemnează un anunț public în presa națională și prin mijloace electronice. La intrarea în funcție, lichidatorul sau agentul de privatizare va prelua patrimoniul societății, va publica tabelul creditorilor și va purcede la transformarea în bani a activelor pe calea licitației sau negocierii pentru acoperirea pasivului societății prin satisfacerea creditorilor, în ordinea de preferința predefinită.

Normele amintite în materie creează practic o procedura aparte, total atipică, cu inadvertențe care, din nou, se cer a fi scuzate prin scopul declarat de veșnica accelerare a procesului de privatizare.

652. Procedura insolvenței. Procedura lichidării voluntare prezentată în acest capitol este o faza necesară a dizolvării societății. Procedura insolvenței are un caracter special, atât în privința declanșării și gestionarii ei cât și a scopurilor urmărite. Cele două proceduri pot interfera și comunica dacă premisele insolvenței sunt satisfăcute. Deschiderea procedurii insolvenței în timpul unei lichidări voluntare prezintă unele particularități. Ca o premisă necesară, în timpul lichidării voluntare societatea este deja dizolvată. În afară de situația de excepție când acest proces este reversibil, odată deschisă procedura specială a insolvenței în această fază, procedurile alternative de reorganizare pe bază de plan de reorganizare nu mai sunt disponibile. Societatea și-a manifestat deja în mod statutar voința de încetare a existenței, lucru pe care nici terții

creditori nu îl pot contesta. Societatea nu poate subzista prin simpla dorință a creditorilor de redresare în interesul lor a activității. Existența dizolvării societății face ca singura alternativă să fie procedura falimentului, gestionat sub legea specială[1]. Limitarea adusă obiectului societății şi capacității sale de folosință, ireversibilă, nu mai permite o reorganizare judiciară. Acest lucru nu aduce atingere caracterului special al procedurii legii insolvenței, ci doar ține seama de o situație preexistentă acestei proceduri. Procedura insolvenței, gestionată în interesul terților, nu poate aduce atingere voinței asociaților care au decis, sau s-a constatat judiciar, dizolvarea societății.

Premisele şi desfăşurarea procedurii insolvenței vor fi observate în titlul special rezervat acestei materii.

Subsecțiunea a 3-a. Efecte juridice

653. Privire generală. Efectul juridic al lichidării constă în extincția patrimoniului urmată de cea a personalității juridice a societății. Dacă voința socială, instituționalizată prin organele societății, încetează odată cu începerea procesului dizolvării, prin încheierea lichidării se stinge însuşi raportul juridic fundamental al societăți, guvernat de actul constitutiv. Raportul juridic în cauză încetează în fapt odată cu ultima repartiție datorată asociaților, dar aşa cum legiuitorul leagă naşterea valabilă a societății cu personalitate juridică de momentul înmatriculării în registrul comerțului, constată şi încetarea acesteia odată cu efectuarea mențiunii privind radierea. Patrimoniul distinct, atribut esențial al societății, a fost lichidat prin procedura legală, durata acestui proces fiind impedimentul care a împiedecat o încetare instantanee a societății. Avantajul ficțiunii juridice a societății face ca existența acesteia să poată fi prelungită în mod artificial până la desocotirea financiară a tuturor părților, asociați şi creditori.

654. Efectele asupra creditorilor sociali. Trebuie subliniat încă o dată că deşi procedura lichidării este de principiu una în interesul asociaților, din patrimoniul societății vor fi îndestulați cu întâietate creditorii sociali, în ordinea de preferință a creanțelor lor şi în limita acestui patrimoniu social care a îndeplinit funcția de gaj general pentru creditorii sociali chirografari. Creanța asociaților este una subordonată, aceştia având vocație la repartizarea patrimoniului după îndestularea creditorilor. Dreptul fiecărui asociat este stabilit de actul constitutiv originar, iar în lipsă, de principiul proporționalității raportat la titlurile de participare la capitalul social deținute.

În privința perioadei în care creditorii sociali pot să-şi realizeze creanțele[2] trebuie observat că subiectul pasiv al raportului lor juridic obligațional este societatea cu personalitate juridică. Odată cu încetarea legală a acesteia, radierea din registrul comerțului, se stinge şi raportul juridic obligațional. Asociații şi acționarii care au avut o răspundere limitată nu sunt succesori universali, sau cu titlu universal ai societății. Creditorii nu vor putea să-şi realizeze creanța împotriva lor decât dacă lichidarea s-a

---

[1] Judecătorul sindic va dispune deschiderea procedurii simplificate a insolvenței în toate aceste cazuri. În acest sens, art. 270[2] LS şi art. 5 pct. 47 din O.U.G. nr. 91/2013 (care îşi propune să abroge art. 1 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 85/2006).

[2] A se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 759.

făcut în frauda drepturilor lor[1]. Singura lor cale ar fi acţiunea în radierea menţiunii privind radierea societăţii[2]. Obţinând reactivarea personalităţii juridice a societăţii, care se consideră a nu fi încetat niciodată să existe, creditorii au şansa de a obţine valorificarea creanţei lor. În acest sens s-a exprimat o opinie în doctrină[3]. Simpla reînviere formală a personalităţii juridice nu este însă suficientă. Dacă reînvie societatea, nu se reface instantaneu şi patrimoniul său. Acesta a fost deja lichidat. Trebuie observat că deciziile lichidatorilor sunt cenzurabile de creditori tot pe calea *opoziţiei* înăuntrul termenelor legale. Neexercitarea acestor căi, în primul rând asupra situaţiilor financiare de lichidare şi repartizarea activului, duce la stingerea dreptului lor de acţiune în sens material. Împlinirea termenului de opoziţie sau respingerea acestora are ca efect extincţia patrimoniului fără de care nici o persoană de drept nu poate exista. Simpla radiere din registrul comerţului are, apreciem, doar un caracter constatator, atât timp cât ea poate fi făcută şi din oficiu – nu ea în sine fiind cea care duce la extincţia patrimoniului societăţii[4]. Dacă însă publicitatea situaţiilor financiare de lichidare nu a fost făcută în forma legală, aceştia îşi păstrează dreptul la opoziţie. Chiar mandatul lichidatorului, singurul îndreptăţit să reprezinte societatea, încetează independent de momentul formalităţii radierii. Aceştia sunt liberaţi sub rezerva repartizării activului conform situaţiilor financiare, pe bază de chitanţă sau prin consemnare.

Normele privind lichidarea conferă creditorilor o acţiune directă împotriva asociaţilor care nu au vărsat aporturile subscrise, dacă bunurile aflate în patrimoniul societăţii, reprezentată prin lichidatori, nu sunt îndestulătoare. Aceeaşi acţiune, şi în acelaşi scop, o au şi lichidatorii, în calitate de reprezentanţi ai societăţii, de a solicita acţionarilor efectuarea vărsămintelor la care s-au obligat dacă nu poate fi acoperit pasivul exigibil. Acţiunea lichidatorilor are natura unei acţiuni de drept comun în realizarea creanţei societăţii.

Acţiunea creditorilor este însă una specială, care depăşeşte şi cadrul acţiunii oblice, aceştia aducând direct în patrimoniul lor prestaţia urmărită. Toate aceste acţiuni sunt reglementate în procedura lichidării şi ţin strict de aceasta. Ca şi acţiunea împotriva asociaţilor care răspund în mod nelimitat pentru datoriile sociale, astfel de acţiuni sunt subsidiare. Dacă acţiunea principală nu mai există, adică acţiunea împotriva societăţii, nici acestea nu mai pot subzista.

---

[1] În sensul că lichidarea nu poate fi deplin încheiată decât dacă este reală şi efectivă, cu consecinţa răspunderii în continuare a societăţii ca subiect de drept, a se vedea *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 606, împreună cu doctrina italiană şi opinii contrare.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 220. În dreptul francez creditorii sociali nu se pot îndrepta contra societăţii după dispariţia acesteia, însă au o acţiune directă contra asociaţilor, Justificarea acţiunii este dată de obligaţia de a suporta pasivul social în vederea stabilirii activului şi determinării părţii de activ ce se cuvine fiecărui asociat în urma partajului societar. Acţiunea este prescriptibilă în termen de cinci ani de la publicitatea dizolvării societăţii (art. 237-13 C.com. francez) (*http://www.legifrance.gouv.fr*).

[3] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 553.

[4] În sensul ca radierea are doar un caracter de evidenta, *I. Băcanu*, Dizolvarea de drept a societăţilor comerciale. Condiţii de valabilitate a prelungirii duratei societăţii, în RDC nr. 1/1997, p. 21.

S-a exprimat însă opinia ca în cazul societăților cu răspundere nelimitată, și a acționarilor comanditați din societățile în comandită, protecția drepturilor creditorilor nu mai întâmpină greutățile de realizare ridicate de radierea societății, iar asociații respectivi răspund solidar pentru obligațiile sociale putând fi urmăriți de creditorii sociali și după radierea din registrul comerțului[1]. Altă opinie limitează acest drept la urmăririle începute în timpul existenței societății, fiindcă atât durează și calitatea de „asociat"[2]. Solidaritatea co-debitorilor, de drept privat, nu este afectată de încetarea societății, adică un codebitor. Persoana de drept a fostului asociat nu suferă vreo alterare juridică dacă nu mai este asociat al societății lichidate și răspunderea nu este afectată. Totuși poziția asociatului nu este exact de codebitor răspunzător solidar alături de societate. El răspunde în subsidiar și nelimitat pentru datoriile acesteia. Așa cum legiuitorul a intervenit acolo unde nu era cazul (art. 237[1] LS), întărind răspunderea asociaților și în faza de dizolvare și lichidare, ar putea să soluționeze și această greutate de aplicare a legii.

655. Concluzie. Rolul asociaților în modificarea, transformarea și încetarea societății cu personalitate juridică, izvorât din bazele contractuale ale societății este incontestabil și a rezistat îmbunătățirilor aduse legislației societare. Natura dual a societății aduce mereu în atenție și regimul legal al instituțiilor juridice implicate în modificarea și încetarea societății cu personalitate juridică. Natura legală a societății este una intrinsecă, normativă, care nu trebuie subliniată tot timpul, fiindcă este imposibil de contestat. Regimul contractual trebuie amintit mereu însă, pentru a ne asigura de rezistența lui în fața asaltului normativ.

Chiar dacă societățile de capitaluri au atenuat din inflexibilitatea principiului unanimității voințelor juridice ale asociaților necesare, în spiritul dreptului comun, pentru modificarea raportului juridic fundamental al societății bazat pe actul constitutiv, esența contractuală a societății nu a fost abandonată. Asociații sunt cei care vor decide distanța pe care o vor adopta față de unanimitatea de drept comun, până la distanța maximă, exprimată în procente din capitalul social, admisă de lege. Sistemul societar prezent a relaxat foarte mult condițiile de constituire ale adunărilor acționarilor, impunând chiar bariere împotriva revenirii la cerințe mai drastice de prezență sau deliberare. Legea societară plasează în acest fel, în mod forțat, deliberarea societară la o distanță considerabilă de unanimitatea contractuală pentru a da satisfacție imperativelor flexibilității decizionale și economice. O parte din substanța contractuală a societăților pe acțiuni este stoarsă pentru a asigura îndepărtarea blocajelor decizionale din societățile de capitaluri.

Atât cât a rămas, rolul asociaților trebuie văzut în mod bivalent: ca parte volitivă componentă a voinței sociale care ține de funcționarea societății și participarea acesteia la raporturile juridice și, distinct de aceasta, ca parte contractantă a actului constitutiv care își prezervă dreptul de a decide în privința nașterii, modificării și încetării raportului juridic. Distincția nu este una observată de legea societară și nu produce efecte în privința funcționării societății, dar existența voințelor asociaților și a societății,

[1] În sensul că sunt singurii ce pot fi urmăriți după radierea societății, *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 263.

[2] *St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea*, op. cit., p. 553.

distinctă, îndeamnă la raportare și antiteză. În cazul ambelor ipostaze au fost decelate principiile călăuzitoare, respectiv principiul așteptat al unanimității contractuale și principiul majorității, dublat de cerințe de constituire a cadrului lui de exprimare, adunarea generală.

Societățile ale căror acțiuni sunt tranzacționate pe o piață reglementată, societățile cotate, cunosc încă un nivel de reglementare, supus tendințelor și influențelor proprii, cu orientare spre rolul, drepturile și remediile aflate la îndemâna acționarilor.

Materia societară tratată este una destul de eclectică și nesistematizată. Sistemul normativ societar este unul bogat, cu norme juridice cu speranță de viață redusă, supus presiunilor de uniformizare din partea dreptului european și influențelor diverse ale altor sisteme normative.

Tendința spre suprareglementare și publicizare (administrativă) este una vizibilă, dar nu neapărat proprie dreptului român.

656. Formarea voinței sociale și raportul dintre aceasta și purtătorii ei materiali, reprezentații societății, respectiv funcționarea societății este un domeniu care poate suferi îmbunătățiri în legislația noastră.

O observare simplă a speciilor de societăți care evoluează în mediul economic relevă faptul că societățile pe acțiuni și societățile cu răspundere limitată alcătuiesc cvasi-majoritatea societăților românești. Acestea sunt și cele care folosesc în funcționare principiului majorității, în variantele sale de exprimare.

Dobândirea unei poziții majoritare, de către unul sau mai mulți acționari face ca distincția între voința acestora și voința societății să ajungă doar una pur declarativă și teoretică. Crearea acestei echivalențe la nivel volițional face ca și reprezentanții societății să dețină un mandat și să angajeze răspunderea pentru faptele lor tot declarativ în fața societății, mecanismele legale de funcționare făcând însă ca obiectul mandatului lor și răspunderea lor să depindă exclusiv de voința unui singur acționar sau grup de acționari. Aceeași situație va fi și în cazul cenzorilor. Această stare de lucruri poate duce la dispariția unui interes social distinct de cel al unui asociat particular, dominant, putând duce la compromiterea oricărui *affectio societatis*. În cazul societăților de persoane sau cu răspundere limitată compromiterea acestui element contractual important își poate găsi remediu rapid în dreptul de retragere recunoscut oricărui asociat. Situația este în schimb alta în cazul societăților de capitaluri, cele mai evoluate și reglementate normativ societăți cu personalitate juridică. Dreptul de retragere al acționarilor nu este specific lor, reglementarea acestuia, în scop declarat de protecție, este de strictă interpretare, iar situațiile de dizolvare sunt mai restrânse.

Cadrul de funcționare a societăților cu răspundere limitată (SA și SRL) este cel care are nevoie de detaliere și... simplificare, fiindcă noțiunile nu sunt contradictorii. Cel puțin în cazul SRL discrepanța dintre oferta normativă și gradul de utilizare practică a societății este imensă.

657. Funcționarea societăților românești a suferit îmbunătățiri majore – în special prin O.U.G. nr. 32/1997 și Legea nr. 99/1999, inspirate din Principiile legii societăților

comerciale în economiile în tranziție trasate de OECD în 1996[1], iar după republicarea legii societăților, prin Legea nr. 441/2006, de armonizare cu cadrul societar a directivelor de drept european, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 955 din 28/11/2006 – și are nevoie în continuare de îmbunătățiri.

Fără garantarea explicită a drepturilor acționarilor, tratamentul lor echitabil indiferent de deținere, drepturi extinse de informare și o răspundere reală a reprezentanților societății raportată la interesul social distinct, este posibil ca acționarii să devină captivi, deținători ai unor instrumente negociabile golite de conținut valoric. Fiindcă la asemenea societăți dreptul acționarilor asupra patrimoniului social este unul virtual, asupra părții cuvenită din lichidare și asupra dividendelor în măsura în care există profit și mai ales dacă voința socială formată a decis repartizarea profitului pentru dividende, aceștia au nevoie de pârghii mai puternice de informare și analiză a operațiunilor de gestiune.

Societățile de capitaluri au nevoie de instituirea unei adevărate democrații societare care să garanteze drepturile acționarilor și să compenseze principiul decizional al majorității.

Legea societară a suferit modificări majore în ultimii cincisprezece ani și dă senzația unui moment de echilibru în prezent. În realitate a scăzut doar, temporar, presiunea modificărilor dictate de necesitățile implementării dreptului european. Probabil ar trebui profitat de o asemenea acalmie pentru o modernizare societară reală. Cu excepția societății cu răspundere limitată legea română nu oferă soluții practice de desfășurare a activității economice în forma societară (societatea pe acțiuni fiind inaccesibilă pentru micile afaceri datorită capitalului minim relativ mare). Probabil o simplificare a societăților cu răspundere limitată (eventual după modelul francez) și edictarea unor specii noi, simple, mai adaptate cerințelor economice ar fi un proces necesar. Transparența înregistrărilor și publicității societare, acolo unde un regim tranzitoriu, dar veșnic nu este de tolerat, este altă necesitate comercială. Cum nu putem spera la originalitate societară adoptarea unora dintre soluțiile de reformă din țările europene ar fi binevenită.

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Majorarea capitalului social la societățile pe acțiuni reprezintă un punct de maxim interes pentru legiuitor și investitori. Finalitățile operațiunii pot ridica probleme de acomodare a mecanismelor legale de protecție. Pe de o parte garanțiile acordate acționarilor sunt asigurate în special prin edictarea fermă a dreptului de preferință (de preemțiune la societățile cotate) al acestora asupra acțiunilor noi emise. Nevoile economice de asigurare a finanțării externe necesită uneori atragerea de noi

[1] The General Principles of Company Law in Tansition Economies, 9-11 decembrie 1996, Istanbul.

BCU CENTRUL UNIVERSITAR

acționari-investitori, situație incompatibilă cu drepturile de preferință care blochează, în cazul exercitării, accesul investitorilor la acțiunile noi emise. Suprimarea drepturilor de preferință este soluția legală pentru lărgirea acționariatului și a resurselor de finanțare.

Emiterea de acțiuni către terți, fie prin neexercitarea dreptului de preferință, fie prin suprimarea sau reducerea acestuia ridică problema prețului de emisiune al acestor acțiuni. Din punct de vedere strict normativ legiuitorul nu limitează (decât în situații particulare proprii societăților cotate) inferior valoarea de emisiune decât prin valoarea nominală. Existența rezervelor societății, asupra cărora vechii acționari au un drept recunoscut, face ca emisiunea de noi acțiuni la valoarea nominală să nu fie echitabilă. În ipoteza existenței rezervelor statutare, este valabilă din punct de vedere juridic majorarea de capital social cu emisiunea de noi acțiuni oferite publicului la valoarea nominală?

2. Reducerea capitalului social la societățile pe acțiuni reprezintă una dintre operațiunile la care societățile apelează de obicei doar sub presiunea normelor legale și statutare privind pierderile din exploatare. În toate cazurile capitalul social nu poate fi redus sub limita capitalului social minim prevăzut de lege, propriu fiecărui șablon societar special. Totuși *tehnica acordeonului*, reducerea capitalului social urmată de majorarea acestuia, nu este interzisă de legea societară. Dar folosirea unei reduceri de capital social urmată, sau concomitent, cu o majorare de capital social poate ascunde fraudări ale drepturilor acționarilor.

Reducerea substanțială a capitalului social, chiar la zero, urmată de majorarea acestuia, este o modalitate de eliminare din societate a vechilor acționari și înlocuirea lor cu alții, prin ocolirea drepturilor lor de preferință care acționează la majorarea de capital social. În ce condiții și în ce modalități practice este legală o asemenea procedură în dreptul societar român?

3. Răspunderea nelimitată a asociaților din societățile de persoane urmărește întreaga existență societară: la constituirea societății, la modificarea și în timpul funcționării acesteia precum și în cazul dizolvării societății. Încetarea răspunderii nelimitate în cazul dizolvării ar face neoperabilă această răspundere, mai ales în cazul dizolvării voluntare, la inițiativa asociaților. Lichidarea societății și radierea efectivă a societății din registrul comerțului este punctul terminus al existenței societare, momentul când obligațiile societare, dar și întreg raportul juridic societar încetează.

Invocarea răspunderii asociaților pentru datoriile societare, dincolo de realitatea societății care și-a încetat existența, se vrea o continuare a răspunderii solidare pe care asociații au asumat-o prin actul constitutiv. Încetarea societății împiedecă referirea la datoriile sociale astfel încât este corect să se considere că asociații, cei cu răspundere nelimitată, sunt succesorii cu titlu universal ai societății?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Modificarea societății. Noțiune și realizări practice.
2. Procedura modificării societății. Competențe legale si statutare.
3. Majorarea de capital social.
4. Reducerea capitalului social.
5. Modificarea duratei societății cu personalitate juridică.

6. Transformarea societății.
7. Divizarea societății.
8. Fuziunea societății.
9. Dizolvarea societății.
10. Lichidarea societății cu personalitate juridică.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Majorarea capitalului social se poate realiza:
a) prin vindere de acțiuni de către acționari;
b) prin cumpărare de imobile;
c) emitere de acțiuni în schimbul aporturilor.

2. Transformarea societății conduce la:
a) dizolvarea și înființarea unei noi societăți;
b) schimbarea sediului social și al capitalului;
c) schimbarea formei de societate.

3. Dizolvarea are loc întotdeauna:
a) la cererea creditorilor îndreptățiți;
b) în lipsa de bani;
c) în cazul expirării duratei societății.

Bibliografie specifică

Angheni, S., Drept comercial. Profesioniștii-comercianți, Ed. C.H. Beck, București, 2013.

Cărpenaru, St.D., Drept comercial român, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2008.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

Georgescu, I.L., Drept comercial român, vol. II, Restitutio, Ed. All Beck, București, 2002

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010.

Gheorghe, C., Dreptul pieței de capital, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

Gheorghe, C., Nulități de drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2010.

Gheorghe, C., Societăți comerciale, Voința asociaților și voința socială, Ed. All Beck, București, 2003.

Guyon, Y., Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), 12e éd., Economica, Paris, 2003.

Merle, Ph., Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011.

Nemeș, V., Drept comercial, Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, București, 2012.

BCU CLUJ / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL VIII
Alte persoane juridice de drept privat

Cuprins

Capitolul I. Grupul de interes economic (GIE)
Capitolul II. Societatea europeană (SE)
Capitolul III. Societatea cooperativă
Capitolul IV. Grupurile de societăți
Teme de dezbatere și teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Grupul de interes economic (GIE)

Secțiunea 1. Introducere

658. Introducere. Izvoare normative. Legislația română a asimilat, de voie sau mai degrabă din nevoia aplicării interne a regulamentului european care instituie această formă societară, o nouă formă de asociere patrimonială înzestrată cu personalitate juridică, Grupul de interes economic (GIE). Legiuitorul român a tratat această creație normativă în mod distinct și complet în afara dreptului comun al societăților[1]. La data respectivă distincția era necesară, cât timp grupurile de interes economic nu se încadrau în definiția societății comerciale de la acea dată, nu aveau în mod necesar calitatea de comercianți. După dispariția acestei instituții a vechiului drept comercial tratarea GIE în afara legii societăților nu mai are nicio justificare astfel încât o consolidare societară cu includerea acestora în materia societăților cu personalitate juridică ar putea fi realizată.

Titlul V, Cartea I din Legea nr. 161/2003[2] (Capitolul I și II) se vrea în primul rând o implementare în dreptul românesc a Grupurilor europene de interes economic (GEIE) așa cum au fost reglementate prin Regulamentul Consiliului Uniunii Europene nr. 2137 din 25 iulie 1985[3]. Actul normativ european, regulament, este un izvor de drept direct și nemijlocit pentru toate statele membre, astfel încât reglementarea internă nu era strict necesară. Regulamentul european este suficient și complet pentru aplicarea internă directă a normelor privind GEIE. Legiuitorul român a ales însă să creeze instituția juridică a GIE în dreptul intern și plecând de la aceasta să dea conținut asocierilor care reprezintă ținta reglementării europene, respectiv GEIE. Reglementarea internă vrea să atenueze impresia de formă fără fond a acestei creații societare, de aplicare directă a unei instituții de drept european fără corespondență în dreptul intern. Tentativă de altfel eșuată fiindcă GIE reprezintă pentru mediul economic intern o ofertă normativă ignorată, o reglementare fără cerere în practică, un transplant nereușit în sistemul normativ român. Singura speranță este ca viitorul să atragă adepți interni pentru această variantă societară. Probabil GIE este o formă de asociere economică specifică unui anumit nivel de dezvoltare și creștere economică care nu a fost încă atins de economia internă. Până când aceasta va crește până acolo, reglementarea GIE îi așteaptă răbdătoare pe întreprinzătorii interni, rămânând cuminte în Monitorul Oficial și în tratatele de drept societar care nu o pot ignora.

---

[1] *C. Gheorghe*, Grupul de interes economic (GIE) și grupul european de interes economic (GEIE), în RRDA nr. 10/2003.

[2] M.Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003.

[3] JOCE L 199 din 31 iulie 1985, p. 1-9.

BCU IAȘI CENTRU UNIVERSITAR LIBRARY

659. Ascendentul european. Regulamentul european incident (nr. 2137 din 25 iulie 1985), izvor derivat de drept european, are deja o vechime considerabilă şi după standardele europene, semne că această creaţie este una care nu suportă o evoluţie viitoare, care şi-a epuizat resursele de evoluţie. Actul normativ european este însoţit de o expunere de motive detaliată a scopurilor urmărite de GEIE. Finalitatea relevată a reglementării este sprijinirea formelor de cooperare economică transfrontalieră dintre societăţile naţionale pentru creşterea competitivităţii şi valorificarea optimă a oportunităţilor oferite de o piaţă internă unică a Uniunii. O asemenea expunere de motive era necesară şi în dreptul românesc pentru a dilua senzaţia de formă fără fond pe care o lasă implementarea românească şi a atenua efectul de respingere a acestui „transplant" juridic.

Expunerea de motive europeană exprimă necesitatea cooperării efective transfrontaliere în interiorul Uniunii ca o expresie a pieţei interne (comune la acea dată) stabilită prin Tratatele Uniunii şi subliniază diferenţa specifică a acestor forme societare faţă de societăţile clasice cu personalitate juridică (comerciale la acea dată), diferenţă dată de scopul lor.

660. GIE, creaţie de drept francez. Grupurile economice sunt în esenţă o inovaţie de origine franceză[1]. Ordonanţa nr. 67-821 din 23 septembrie 1967 a introdus în dreptul francez grupurile de interes economic în scopul sprijinirii întreprinderilor franceze în contextul pieţei europene lărgite, fără ca acestea să-şi piardă autonomia[2]. Apariţia acestora a acoperit un gol existent între societăţi şi asociaţii şi alte asocieri fără personalitate juridică. GIE acordau o mare libertate contractuală de organizare, faţă de rigiditatea societăţilor, iar personalitatea juridică permitea forme mai strânse de colaborare în scopul profitării în comun de rezultatele cercetării şi inovaţiei, dar şi de sprijin în vederea distribuirii şi comercializării bunurilor. Succesul creaţiei a fost unul imediat, cu un număr mare de entităţi create[3]. Modernizarea societară (redefinirea societăţii în dreptul francez, art. 1832 C.civ. francez[4], apariţia societăţii pe acţiuni simplificată de drept francez S.A.S.), criza din 1973, dar şi jurisprudenţă internă franceză au stopat expansiunea GIE care şi-a pierdut din atractivitate chiar dacă a fost adoptat şi la nivel european (Regulamentul nr. 2137/1985). Doctrina franceză a accentuat de la început libertatea contractuală sporită acordată GIE, a căror reglementare conţine puţine reguli imperative. Acesta este de altfel decelat ca un principiu la reglementării alături de eficacitate, realizată prin acordarea personalităţii

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 577.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 783.

[3] *Airbus Industrie* este un exemplu preferat în materie de GIE. Acesta a fost un grup de drept francez creat de Aerospatiale (Franţa), British Aerospace (Marea Britanie), Deutsche Airbus (Germania) şi CASA (Spania). Grupul s-a transformat în societate pe acţiuni simplificată (SAS) în anul 2000.

[4] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 578. Societatea de drept francez avea ca unic scop obţinerea şi împărţirea beneficiilor. În acest context, GIE, cu scopul declarat al realizării de economii, nu se suprapunea peste scopul societar. Legea franceză din 4.01.1978 redefinea societatea ca având ca scop atât împărţirea beneficiilor cât şi realizarea de economii.

juridice, dar şi specificitate prin originalitatea reglementării şi autonomia faţă de dreptul comun societar[1].

GIE create în dreptul francez aveau de la început un scop auxiliar activităţii membrilor[2]. Astfel, obiectul de activitate al grupului trebuie să fie în legătură cu activitatea membrilor, fără a putea să transceandă acestuia, să realizeze activităţi proprii noi, dar nici să se substituie în activităţile realizate de membri[3].

661. Scopul GEIE şi finalitatea reglementării. În optica europeană GEIE au ca scop *exclusiv* „înlesnirea sau dezvoltarea activităţii economice a membrilor săi precum şi îmbunătăţirea rezultatelor activităţii respective"[4]. În spiritul acestui scop, GEIE are o natură subsidiară activităţii membrilor săi, pe care nu-i poate substitui în operaţiunile economice şi nu poate, în relaţie cu o terţă parte, a efectua operaţiuni economice – „conceptul de activităţi economice fiind interpretat în sensul cel mai larg"[5]. Scopul grupului nu este de a obţine profit pentru sine, ca entitate societară distinctă. Scopul tinde spre unul nepatrimonial, dar acest lucru nu este de esenţa grupului economic care nu se confundă cu formele de organizare de tip nepatrimonial, asociaţii, fundaţii etc. În prezent noţiunea de *profesionist* este suficient de largă ca să includă şi exploatarea unor întreprinderi fără scop lucrativ astfel încât limitările vechi ale noţiunii de comerciant nu mai incomodează încadrarea societară a grupurilor economice. Totuşi caracteristica proprie a acestora, lipsa profitului pentru sine, de natură să le diferenţieze de societăţile cu scop lucrativ, nu trebuie să le alăture entităţilor strict nepatrimoniale. Poziţionarea GEIE trebuie făcută corect atât faţă de societăţile cu personalitate juridică cât şi faţă de asociaţii ţi fundaţii, cu care acestea nu împart o esenţă comună.

În viziunea europeană GEIE sunt persoane juridice cu un *scop exclusiv de cooperare economică transfrontalieră*, în interiorul Uniunii. De aici derivă restricţiile privitoare la asociaţii unui GEIE, respectiv asocierea trebuie să conţină fie cel puţin două structuri societare având sediile în state diferite ale Uniunii, fie cel puţin două persoane fizice care desfăşoară activităţi în două state diferite ale Uniunii, fie cel puţin o structură societară şi o persoană fizică din state diferite ale Uniunii[6]. Este obligatoriu ca cel puţin două persoane/asociaţi ai grupului, fizice sau juridice, să aparţină unor ţări diferite ale Uniunii pentru a justifica caracterul european al asocierii. *Răspunderea nelimitată şi solidară* a asociaţilor pentru actele grupului, expres declarată normativ, nu este un element care să facă atractivă oferta normativă europeană. Faţă de scopurile asocierii, acest element nu ar trebuie totuşi să inhibe întreprinzătorii. Lipsa unei activităţi proprii orientată spre profit face ca răspunderea nelimitată să nu fie un impediment serios în alegerea acestei forme societare.

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 579-590.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 786.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 584.

[4] Formularea a fost preluată şi de art. 118 şi 233 din Cartea I, Titlul V, Capitolul I, respectiv Capitolul II din Legea nr. 161/2003.

[5] Preambulul Regulamentului Consiliului Uniunii nr. 2137/1985.

[6] Condiţiile privind calitatea de membru la grupului şi componenţa minimă a acestuia se regăsesc în art. 4 alin. (1) şi alin. (2) din Regulamentul Consiliului nr. 2137/85 şi art. 233 alin. (2) şi (3) din Cartea I, Titlul V, Capitolul II din Legea nr. 161/2003.

662. Implementarea românească a GEIE. Reglementarea internă se raportează la realitatea societară de la acea dată, moment depăşit în prezent. Prin declaraţia expresă a legii române GEIE sunt persoane juridice cu scop patrimonial care pot fi comercianţi sau necomercianţi. În prezent delimitarea este desuetă. GEIE vor fi profesionişti, forme de societate care pot fi reţinute doar în delimitarea generică a Codului civil, ca alte tipuri de societate reglementate de lege (art. 1888). Probabil că Codul civil trebuia să reţină explicit grupurile europene, ca şi societatea europeană în interiorul formelor societare enumerate.

În acord cu reglementarea europeană GEIE ca şi GIE nu poate avea drept scop obţinerea de profituri pentru sine, scopul însuşi, aşa cum este enunţat la modul general, fiind unul accesoriu activităţii economice a membrilor [art. 118 alin. (4) din Legea nr. 161/2003, Cartea I, Titlul V, Capitolul I].

Referirea internă la GEIE este în mod evident nenecesară faţă de reglementarea completă, prin regulament european, a acestei structuri, reglementare direct aplicabilă în dreptul intern. De altfel reglementarea română se vrea doar o completare a celei europene, fără reluarea integrală a textelor europene (lucru realizat însă în cazul grupurilor interne, GIE de drept român).

663. Reglementarea română a GIE. Incertitudinea privind calitatea de comerciant sau necomerciant a GIE [declararea naturii comerciale sau necomerciale a activităţii trebuia realizată prin actul constitutiv [art. 122 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 161/2003, Cartea I, Titlul V, Capitolul I], iar înmatricularea în registrul comerţului nu prezuma calitatea de comerciant [art. 127 alin. (3) din Legea nr. 161/2003, Cartea I, Titlul V, Capitolul I)] este în prezent depăşită normativ prin redefinirea cuprinzătoare a profesioniştilor. În acord cu reglementările societare şi în observarea răspunderii nelimitate a membrilor, GIE se constituie prin act constitutiv în *formă autentică* care trebuie să conţină obiectul de activitate, şi dobândeşte personalitate juridică în toate cazurile prin înmatriculare în registrul comerţului [art. 125 alin. (1), art. 127 alin. (1) din Legea nr. 161/2003, Cartea I, Titlul V, Capitolul I].

Scheletul normativ intern al GIE este construit prin transplantul noţiunii europene de GEIE în corpusul societar al *societăţii în nume colectiv* existent în legislaţia românească. Folosirea acestui model este probabil justificată de tipul de răspundere implicat (solidară şi nelimitată) şi de lipsa altui model societar la acea dată. În prezent reglementarea civilă a societăţii simple îndeplineşte oricum rolul de drept comun societar şi poate fi folosită cu succes pentru simplificarea reglementării, redundante, a GIE.

Practic reglementarea internă a GIE conţine strict translatarea în acelaşi act normativ a elementelor esenţiale ale GEIE din legislaţia europeană şi a tuturor normelor privind înfiinţarea, funcţionarea, modificarea şi încetarea societăţilor în nume colectiv din Legea societăţilor.

664. Natura juridică a GIE. Din punct de vedere practic implementarea internă face din GIE o specie a societăţii în nume colectiv. *Differentia specifica* a acestei societăţi constă în impunerea unui scop aparte, restrâns la „înlesnirea sau dezvoltarea activităţii economice a membrilor săi, precum şi îmbunătăţirea rezultatelor activităţii respective". Lipsa de succes a societăţii în nume colectiv, formă societară depăşită,

dovadă mai mult a evoluției societare decât variantă viabilă pentru întreprinzătorii contemporani, explică imediat lipsa de interes intern pentru GIE. Legiuitorul a reglementat detaliat înființarea, modificarea și încetarea GIE prin translatarea fidelă a normelor privind societatea în nume colectiv în această materie.

GIE este într-o postură contradictorie. Practic nu poate fi asimilat cu un nou „șablon" societar, alături de cele cinci tipuri de societăți consacrate de Legea nr. 31/1990 fiindcă nu poate fi individualizat în esența sa față de societățile în nume colectiv. Diferența scopului poate fi suficientă pentru a individualiza GIE, dar nu este suficientă pentru crearea unui șablon societar distinct. Din punct de vedere legal însă GIE este un tip aparte de persoană de drept privat datorită izvorului normativ distinct și complet de care se bucură.

Natura juridică a GIE nu este clar relevată legal și se lovește de lipsa corelărilor normative. La data reglementării (2003) intenția legiuitorului a fost una clară: de distanțare a GIE de dreptul societar, de creare a unui tip distinct de persoană juridică de drept privat. Natura juridică a GIE era una *originală*, lucru subliniat prin specificitatea reglementării și refuzul trimiterilor la materia societăților cu personalitate juridică, cu atât mai puțin la societatea în nume colectiv pe care preferă să o reproducă în reglementarea specială. Originalitatea GIE provine și din sursele de reglementare, franceze și europene, unde este subliniată distanțarea față de materia societară[1].

Persoanele juridice de drept privat cunosc în mod tradițional o structură trinitară, reprezentată de *societăți*, *asociații* (și fundații) la care a fost adăugat modelul *GIE*. Diferențele dintre specii țin în principal de *realizarea de beneficii* (societățile și cu titlu excepție asociațiile) sau *economii* (societățile și GIE) și permiterea *partajării beneficiilor* către asociați/membri (societățile și cu titlu de excepție GIE)[2]. Diferențierea dintre societăți și asociații este clar marcată de scopul lucrativ al societăților în contrapunere cu scopul nelucrativ al ultimelor, dar și de nerepartizarea de beneficii de către asociații, chiar când acestea pot exista. Și diferențierea dintre GIE și asociații este posibilă prin aceleași criterii: primele au scop lucrativ, iar în mod excepțional, deși necaracteristic fiindcă scopul lor nu este obținerea de beneficii ca entitate, pot realiza repartizări către membrii. Distincția dintre societăți și GIE nu mai este la fel de evidentă datorită definirii foarte largi a societății. În prezent societatea implică atât împărțirea beneficiilor cât și folosirea economiei ar putea rezulta (art. 1881 C.civ.), față de forma tradițională, care indica doar împărțirea foloaselor ce ar putea deriva din activitate (art. 1491 C.civ. din 1864, abrogat). În această diferență de scop, respectiv profitarea de economiile ce ar putea rezulta, era ancorată natura specifică a GIE și originalitatea reglementării. În prezent realizarea de economii este un scop recunoscut și societăților însă. Practic clasificarea prezentă a persoanelor de drept privat acceptă o structură dual: *persoane cu scop lucrativ* (societăți, GIE, societăți cooperative, cum vom vedea) și *persoane juridice fără scop lucrativ* (asociații, fundații etc.)[3].

Nu este mai puțin adevărat că persistă diferențe între societăți și GIE. În primul rând GIE prezintă limitări în privința obiectului de activitate. Acesta nu poate fi decât o prelungire a activității membrilor, neputând evolua distinct de aceștia, lucru de care

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 589.
[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 118.
[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 120.

bineînțeles nu sunt ținuți asociații unei societăți. În al doilea rând capitalul social și aporturile nu sunt obligatorii pentru un GIE, elemente care țin de esența unei societăți chiar când nu există impus un capital social minim[1]. Estomparea diferențelor dintre GIE și societăți ridică problema naturii juridice comune. Reglementarea GIE este una completă și specială, care nu apelează însă la normele sau instituțiile societare. Efectul naturii originale tradiționale este neincidența normelor de drept comun, cele care au vocația dreptului comun în materia societăților (art. 1887 C.civ.), ci incidența în privința lor, în completarea normelor speciale a reglementărilor generale privind persoanele juridice de drept privat[2]. Deși argumentele pentru această natură originală a GIE sunt valide și în prezent, noua reglementare civilă permite o reevaluare a naturii juridice a GIE. Argumentele țin de reglementarea largă a societății în Codul civil, fără indicarea limitativă a speciilor de societate (art. 1888 C.civ.). Chiar și reglementările europene indică o interpretare largă la noțiunii de societate, care poate să includă și structura GIE. Astfel, societățile sunt definite ca entitățile constituite în conformitate cu dispozițiile legislației civile sau comerciale, inclusiv societățile cooperative și alte persoane juridice de drept public sau privat, cu excepția celor fără scop lucrativ[3]. Interpretarea europeană indică și ea o structură dualistă în observarea doar a scopului urmărit. Societățile includ în această viziune și GIE.

De lege ferenda, GIE ar trebui inclus în legislația societară, în mod distinct, cu o reglementare mai succintă față de redundanța reglementării raportat la societatea în nume colectiv și față de interesul practic redus al acestei forme societare. Dacă paisprezece articole (art. 191-203 LS) sunt suficiente pentru reglementarea specială a societății cu răspundere limitată, specia care acoperă peste 95% din totalul societăților autohtone, probabil că GIE și GEIE (circa 120 de articole, art. 118-238 din Legea nr. 161/2003) nu ar avea nevoie de mai mult.

Secțiunea a 2-a. Reglementarea română a grupurilor de interes economic

665. Limitări speciale privind GIE. Tipul de persoană de drept al GIE este delimitat prin restricții și limitări imperative care vor fi urmărite atât la constituirea cât și în timpul funcționării GIE. Diferența față de *instituția societății* este subliniată din chiar definirea conceptului. GIE reprezintă o asociere între două sau mai multe persoane fizice sau juridice al cărei scop este înlesnirea sau dezvoltarea activității economice a membrilor săi și îmbunătățirea rezultatelor activității lor. GIE este persoană juridică cu scop patrimonial, iar activitatea grupului trebuie să aibă doar un caracter accesoriu față de activitățile membrilor. Acest caracter este mai bine precizat prin interdicțiile aplicate grupului. GIE nu poate să exercite direct sau indirect administrarea ori supravegherea activității membrilor, nu poate să dețină titluri de participare la societățile membre, nu poate angaja mai mult de 500 de persoane, nu poate fi folosit pentru eludarea interdicțiilor de creditare (administratori) sau în privința actelor de dispoziție din

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 588.
[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 589.
[3] Art. 54 TFUE (fost art. 48 TCE) (JOUE C 83/47 din 30 martie 2010).

materia societară, nu poate să fie membru al altui grup de interes economic sau grup european de interes economic, nu poate emite titluri negociabile (art. 118 din Legea nr. 161/2003). Răspunderea membrilor GIE pentru obligațiile grupului este *nelimitată și solidară.*

666. Constituirea GIE. Reglementarea constituirii grupului cunoaște o *etapă contractuală* și o *etapă de control al autorității.* Etapa contractuală rezidă în întocmirea actului constitutiv cu respectarea condițiilor de formă și de fond impuse normativ. Forma actului este forma autentică, în concordanță cu dispozițiile corespunzătoare ale societăților în nume colectiv.

Condițiile de fond privesc materia contractuală în general. Limitările în privința capacității juridice a asociaților sunt în esență cele instituite în materia societară pentru fondatori [art. 120 alin. (3) din Legea nr. 161/2003].

Clauzele minimale sunt prevăzute de lege (art. 122 din Legea nr. 161/2003), specifice fiind cele privind denumirea (includerea obligatorie a sintagmei „grup de interes economic" sau a inițialelor GIE), privind capitalul social (care nu este obligatoriu, iar dacă este stipulat nu cunoaște limitări în privința mărimii și a tipurilor de aporturi), privind titlurile de participare (care nu sunt titluri negociabile), privind obiectului de activitate (care în mod implicit trebuie subscris scopului restrâns declarat și subsecvent acestuia trebuie declarată expres natura comercială sau necomercială a grupului) și privind posibilitatea adoptării clauzei de limitare a răspunderii noilor membrii (care exonerează de răspundere viitorii membrii ai grupului pentru obligațiile asocierii născute anterior dobândirii acestei calități)[1].

Controlul autorității este reprezentat de controlul de legalitate efectuat de către persoana autorizată pe lângă oficiul registrului comerțului care dispune înmatricularea în registru, înmatriculare care dă naștere unei persoane juridice distincte de drept privat, grupul de interes economic [art. 127 alin. (1) din Legea nr. 161/2003].

Procedura și publicitatea înmatriculării sunt comune cu normele privind societățile cu personalitate juridică, dar tratate în mod independent. Efectele încălcării cerințelor legale de constituire a grupului economic, ca și dispozițiile procedurale în materie sunt împrumutate în mod corespunzător din materia societăților, putându-se stabili o corespondență directă între Capitolul IV, Titlul I din Legea societăților și Secțiunea a 4-a, Capitolul I (Titlul V, Cartea I) din Legea nr. 161/2003. În privința normelor procedurale legiuitorul a ales calea trimiterii directe la normele corespunzătoare din materia societară.

667. Funcționarea GIE. Organele instituționalizate ale grupului sunt adunarea generală a membrilor (organul decizional) și administratorii (organul de gestiune). Deși reglementarea legală face mențiune despre existența cenzorilor[2], organul de control nu

---

[1] Clauza este sub imperiul voinței asociaților care o pot adopta la constituire sau la primirea de noi membrii, fiind opozabilă terților doar de la realizarea publicității sale [art. 119 alin. (2) din art. 128 lit. j) din Legea nr. 161/2003].

[2] Condițiile privind capacitatea juridică cerută administratorilor privesc și cenzorii [art. 120 alin. (4) din Legea nr. 161/2003], iar actul constitutiv trebuie să conțină și clauze privind

este tratat distinct, rămânând ca în lipsa unei reglementări convenționale dreptul de control să aparțină fiecărui membru. Practic structura instituțională este una simplificată, cu libertatea destul de mare pentru membri de a stabili cadrul propriu de funcționare.

668. Adunarea generală a membrilor GIE. Adunarea generală a membrilor grupului de interes economic își are o reglementare explicită spre deosebire de șablonul societar luat ca model, societatea în nume colectiv. Procesul decizional poate urma calea clasică a *adunării generale*, constituită în condițiile edictate de convocare și publicitate, care deliberează asupra ordinii de zi, sau se poate realiza prin procedura *consultării în scris* a membrilor săi. În privința deliberării prin procedura consultării membrii au libertate deplină, materializată în clauzele actului constitutiv unanim însușite, asupra procedurii de consultare și adoptare a hotărârilor, după cum au și libertatea de a trasa domeniul exact în care o asemenea procedură decizională este incidentă [art. 153 alin. (3) din Legea nr. 161/2003].

Deliberarea prin hotărâre a adunării generale a membrilor trebuie să respecte în prealabil condițiile de constituire legală a adunării, respectiv trebuie respectate condițiile de convocare și publicitate a adunării. Convocarea va conține locul și data adunării precum și ordinea de zi cu menționarea explicită a obiectului dezbaterilor, inclusiv propunerile integrale de modificare a actului constitutiv când acestea există pe ordinea de zi. Convocarea se realizează prin scrisoare recomandată, sau simplă, dacă actul constitutiv permite, expediată cu cel puțin 10 zile înaintea datei adunării (art. 155 din Legea nr. 161/2003). Formalitățile de convocare și publicitate pot fi înlăturate doar dacă toți membrii grupului sunt prezenți și nu se împotrivesc la luarea unei decizii. Inițiativa convocării o poate avea fiecare administrator și fiecare membru. Dacă administratorii nu dau curs convocării, aceasta se realizează pe cale judiciară.

Regula de deliberare a grupului este *o persoană de drept un vot* însă actul constitutiv poate prevedea împărțirea diferită a drepturilor de vot între membrii, fără ca vreunul dintre ei să dețină însă majoritatea [art. 153 alin. (5) din Legea nr. 161/2003]. Regula de adoptare a hotărârilor este aceea a *unanimității*, cu posibilitatea instituirii prin actul constitutiv a regulii majorității (cu cvorumuri aferente) împreună cu domeniul exact de deliberare în care aceasta operează.

Membrii grupului nu au libertatea totală ca prin voința lor fixată în cuprinsul actului constitutiv să înlăture regula unanimității. Domeniul rezervat unanimității este trasat imperativ de legiuitor și privește modificarea obiectului grupului, modificarea numărului de voturi al fiecărui membru, modificarea condițiilor prevăzute pentru adoptarea hotărârilor, prelungirea duratei grupului, modificarea aportului membrilor la capitalul grupului, modificarea oricărei alte obligații a membrilor, orice altă modificare a actului constitutiv, dacă chiar acesta nu prevede altfel [art. 153 alin. (4) din Legea nr. 161/2003]. Membrii grupului sunt practic asigurați că elementele actului constitutiv, asumat în unanimitate, nu vor fi ulterior modificate prin vot majoritar.

---

controlul gestiunii de către „organele statutare (...) de către membrii" [art. 122 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 161/2003].

669. Organul de administrare. Organul de gestiune este reprezentat de administratorii grupului, persoane fizice şi juridice care nu alcătuiesc un organ colectiv[1]. Alegerea administratorilor trebuie însoţită de indicarea puterilor conferite, a existenţei dreptului de reprezentare, a faptului dacă vor lucra împreună sau separat. În lipsă de stipulaţie convenţională fiecare administrator are dreptul de reprezentare pe care îl poate exercita separat. Instituţia administratorilor este construită prin alăturarea normelor generale privind administratorii societăţilor şi a normelor speciale privind administrarea societăţilor în nume colectiv. Astfel, administratorii pot face toate operaţiunile necesare pentru realizarea obiectului de activitate al grupului şi sunt obligaţi să ia parte la toate adunările grupului. Administratorii cu drept de reprezentare a GIE nu îl pot transmite fără autorizarea membrilor. Obligaţiile pentru care sunt ţinuţi solidar răspunzători faţă de GIE sunt existenţa registrelor cerute de lege, îndeplinirea hotărârilor adunărilor membrilor şi a îndatoririlor pe care legea şi actul constitutiv le impun[2].

Puterile administratorilor sunt unele individuale, dar sunt limitate la operaţiunile obişnuite, în caz contrar aceştia trebuie să îi înştiinţeze pe ceilalţi administratori. În caz de dezacord trebuie să decidă membrii care reprezintă majoritatea în GIE.

670. Controlul gestiunii. Organul de control al gestiunii nu are o reglementare în materia grupului de interes economic. Deşi referiri la cenzori există în textul reglementării aceasta par mai mult imperfecţiuni de acomodare a textelor preluate din materia societară[3].

Interpretarea sistematică a reglementării conduce la ideea posibilităţii creării de către membri a configuraţiei şi puterilor unui organ de control (cenzori) prin clauzele actului constitutiv[4].

Dreptul de control al membrilor în sine este reglementat în spiritul societăţilor de capitaluri, în contradicţie cu „importurile" normative masive din materia societăţilor în nume colectiv, respectiv membrii au dreptul de a se informa asupra gestiunii grupului consultând documentele prevăzute în actul constitutiv şi vor putea sesiza administratorii care trebuie să răspundă în termenele legale. În caz contrar membrii pot obţine un remediu printr-o procedură judiciară (art. 122 şi 156 din Legea nr. 161/2003). În lipsa

---

[1] Cel puţin legea nu reglementează explicit un organ colectiv de gestiune. Texte preluate din legea societăţilor se referă însă şi la un consiliu de administraţie. A se vedea art. 148 din Legea nr. 161/2003 care îşi are echivalentul în art. 70 LS, de aplicare generală în materie societară.

[2] Stilul de lucru al legiuitorului transpare din preluarea neprelucrată a art. 73 din Legea societăţilor. Se face referire la obligaţiile administratorilor faţă de societate, nu faţă de GIE (art. 151 din Legea nr. 161/2003).

[3] Art. 120 din Legea nr. 161/2003 se referă expres la incapacităţile legale privitoare la cenzorii grupului. Art. 125 (Legea nr. 161/2003) se referă la declaraţia pe proprie răspundere a cenzorilor privind îndeplinirea condiţiilor legale pentru ocuparea funcţiei (echivalentul art. 35 din Legea societăţilor – abrogat din 2006). Art. 160 (Legea nr. 161/2003) se referă la certificarea de către cenzori a depunerii garanţiei administratorilor (echivalentul art. 138 din Legea societăţilor – abrogat din 2006). Art. 199, 207, 209, 220 şi 228 reprezintă tot preluări integrale din legea societăţilor în materia divizării/fuziunii, lichidării (în forma de la acea dată) etc.

[4] Clauzele actului constitutiv cuprind şi „clauze privind controlul gestiunii grupului de către organele statutare, controlul acesteia de către membrii şi documentele la care aceştia vor putea sa aibă acces pentru a se informa şi a-şi exercita controlul" (art. 122 din Legea nr. 161/2003).

instituirii unui organ de control prin actul constitutiv, spre deosebire de societățile în nume colectiv, dispozițiile legale nu asigură un drept de control general al membrilor, ci un drept virtual, existent practic în măsura în care își are o reglementare convențională.

Handicapul este evident față de societățile cu personalitate juridică unde fie există recunoscut un drept de control în persoana asociaților (societățile de persoane) fie este reglementat complet un organ de control (cenzor sau auditor independent și audit intern).

671. Norme speciale privind funcționarea GIE. Statutul membrilor grupului este asemănător asociaților din societatea în nume colectiv. Practic normele privind obligațiile membrilor au fost preluate integral din această materie. *Obligațiile de fidelitate*, evitarea *conflictului de interese* și *neconcurența* proprii societății în nume colectiv sunt întâlnite și la GIE. Astfel, membrul care are un interes contrar celui al grupului, nu poate lua parte la nicio deliberare sau decizie privind această operațiune. Membrul care întrebuințează bunurile sau creditul grupului în folos propriu este obligat la restituirea către grup a beneficiilor rezultate și la plata despăgubirilor pentru daunele cauzate. Specific construcției normative a grupului, membrii sunt obligați nelimitat și solidar pentru operațiunile realizate de grup prin persoanele cu putere deplină de reprezentare, iar hotărârea judecătorească obținută împotriva grupului este opozabilă fiecărui membru.

Calitatea de membru al grupului nu poate fi transmisă decât cu acordul unanim al membrilor. Specific GIE este faptul că profitul care rezultă din activitatea grupului, fără ca acest lucru să fie un scop în sine al grupului, conform situațiilor financiare legal întocmite, va fi distribuit sub formă de dividende în părți egale, dacă actul constitutiv nu prevede altfel. Impozitarea va fi cea aferentă dividendelor (art. 165 din Legea nr. 161/2003)[1].

672. Modificarea grupului de interes economic. Modificarea grupului se realizează în virtutea simetriei cu respectarea condițiilor de formă și de fond prevăzute pentru înființarea grupului[2].

În urma modificărilor statutare actul adițional cuprinzând textul integral al prevederilor actului constitutiv, modificate, se depune la oficiul registrului comerțului și se menționează în acest registru. Actul modificator se publică integral în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

Secțiunea dedicată modificării actului constitutiv reglementează prelungirea duratei grupului împreună cu dreptul de opoziție aferent (art. 175 din Legea nr. 161/2003). În cazul în care grupul s-a constituit cu capital, reducerea sau majorarea acestuia se realizează conform normelor aplicabile societăților în nume colectiv, prevedere inutilă de

[1] Din punct de vedere fiscal reglementarea română nu urmărește reglementarea europeană. Textul, în lipsă de prevedere expresă nu înlătură dubla impozitare conform regulilor fiscale comune, respectiv un impozit pe profit la nivelul persoanei juridice și un impozit pe dividende la nivelul persoanei de drept a societăților.

[2] Normele care guvernează modificarea grupului sunt cele prevăzute în legea societăților, anterior modificării lor prin chiar legea care guvernează grupurile (art. 199 LS, în forma nemodificată). Legislația grupurilor urmează practic o formă depășită a legii societăților.

altfel cât timp societatea în nume colectiv funcționează pe principiul unanimității și nu cunoaște un nivel special de reglementare a materiei.

Legea mai reglementează distinct mutarea sediului GIE într-un stat străin (art. 131 din Legea nr. 161/2003). Mutarea sediului într-un stat al Uniunii Europene, cu respectarea legii naționale aferente, va da naștere unui grup european de interes economic (GEIE).

Din punct de vedere procedural modificarea grupului se va realiza prin hotărâre a membrilor în condiții de unanimitate sau majorități și cvorumuri statutare acolo unde legea permite, conform celor observate în materia adunării generale a membrilor GIE.

Modificarea judiciară a actului constitutiv, *excluderea* și *retragerea* membrilor, este reglementată corespunzător instituțiilor respective din legea societăților. Astfel, excluderea este exclusiv judiciară și se pronunță la cererea majorității membrilor grupului (în lipsa altei dispoziții statutare). Cauzele sunt limitative și privesc neefectuarea aportului de către membrul pus în întârziere, incapacitatea sau falimentul membrului, ingerința în administrare sau în funcționarea grupului a membrului, frauda în dauna grupului a membrului administrator sau existența unui titlu executoriu împotriva membrului deținut de un terț care se opune la hotărârea de prelungire a duratei grupului.

În privința excluderii reținem faptul că are calitate procesuală activă de a promova procedura judiciară, ca regulă, majoritatea membrilor grupului. Prevederile actului constitutiv pot însă acorda legitimitate procesuală fiecărui asociat, precum în materia societară.

Reținem și faptul că se păstrează principiul compensării în echivalent valoric a drepturilor membrilor excluși sau care s-au retras, cu mențiunea expresă că aceste drepturi nu pot fi stabilite aprioric, pe cale contractuală [art. 183 alin. (4) din Legea nr. 161/2003]. Retragerea este recunoscută membrilor cu acordul celorlalți membri, în cazurile prevăzute în actul constitutiv sau, pentru motive temeinice, în baza unei hotărâri a tribunalului.

Normele române, în spiritul distincției europene speciale între societăți și grupuri de interes, nu tratează problematica transformării unei societăți cu personalitate juridică în grup și reciproc. În lipsă de prevedere expresă și urmând spiritul reglementării apreciem că, neaflându-ne în perimetrul strict societar, transformarea nu este posibilă. Vorbim de transformare în sensul legii societare, respectiv schimbarea formei juridice din societate în grup, neurmată de dizolvare, modificare care nu atrage crearea unei persoane juridice noi.

Grupul de interes economic are într-adevăr afinități cu societatea în nume colectiv, astfel încât transformarea dintr-o formă de asociere în alta pare ușor realizabilă. Distincția drastică între cele două tipuri de entități, grupul și societatea, a impus soluția imposibilității transformării (în ambele sensuri). *De lege ferenda*, eventual și cu asimilarea societară a GIE, transformarea poate fi reglementată, cel puțin urmând modelul dreptului francez (unde transformarea din societate în grup este general permisă sub condiția compatibilității de obiect, iar reciproca este restricționată la transformarea grupului în societate în nume colectiv)[1].

[1] Legislația franceză, neurmată în acest punct de cea europeană, prevede că orice societate având un obiect de activitate corespunzător definiției grupului se poate transforma în grup fără dizolvare și fără crearea unei persoane juridice noi (art. L 251-18). Reciproca nu este posibilă.

Dizolvarea unei societăți cu personalitate juridică, prin voința asociaților, urmată de înființarea unui grup de interes economic, persoană juridică nouă, în sensul și cu respectarea regimului acestei entități este perfect posibilă, dar echivalează cu o constituire normală a unui GIE.

673. Încetarea grupului de interes economic. Dizolvarea și lichidarea. Încetarea grupului de interes economic se poate realiza prin dizolvare urmată de lichidare, divizare/fuziune și în urma procedurii insolvenței (cu precizarea că în afară de dizolvare urmată de lichidare celelalte proceduri nu conduc în mod necesar și ireversibil la încetare grupului).

Trebuie observat că în cazul încetării grupului prin modalitățile arătate sunt incidente în totalitate normele corespunzătoare societății în nume colectiv. Soluția aleasă de legiuitor nu este folosirea unor norme de trimitere, ci transcrierea corespunzătoare a normelor generale și a celor speciale privind societatea în nume colectiv. Echivalarea era ușor de făcut înainte de modificările succesive la legii societăților[1].

Lipsa normelor de trimitere este rezultatul dorinței de subliniere a diferenței dintre societăți (societatea în nume colectiv în speță) și grupurile de interes economic.

Dizolvarea GIE este subsecventă expirării duratei sale, imposibilității realizării obiectului de activitate al grupului sau realizarea acestuia, nulității grupului, falimentului grupului, hotărârii adunării membrilor sau hotărârii tribunalului pentru motive temeinice, precum neînțelegerile grave dintre membri. Grupul se dizolvă și prin rămânerea unui singur membru ca urmare a falimentului, incapacității, excluderii, retragerii sau decesului (respectiv încetarea personalității juridice) a restului de membrii.

Dizolvarea voluntară a grupului activează mecanisme de garantare a drepturilor creditorilor precum *opoziția*, în condițiile legii societare. Dizolvarea poate fi și o sancțiune pentru încetarea activității, lipsa organelor statutare, nedepunerea situațiilor financiare (art. 192 din Legea nr. 161/2003).

Dizolvarea obligă la realizarea publicității prin înscriere în registrul comerțului și publicare în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a și atrage deschiderea procedurii lichidării.

Lichidarea urmărește realizarea activului, acoperirea pasivului și repartizarea restului către membrii. Grupul își păstrează personalitatea juridică pentru operațiunile lichidării, până la terminarea acesteia. Lichidarea revine persoanelor autorizate, lichidatorii, care sunt obligați la întocmirea inventarului, a situației financiare care să constate situația exactă a activului și pasivului grupului odată cu preluarea mandatului de la administratorii pe care îi înlocuiesc. Ei vor ține un registru cu toate operațiunile lichidării, sub controlul cenzorilor (dacă există).

După terminarea lichidării grupului, conform competențelor lor, lichidatorii trebuie să întocmească situația financiară de lichidare și să propună repartizarea activului către

---

Modificarea legislativă franceză din 1989 (13 iunie 1989), prevede totuși faptul că un GIE se poate transforma în societate în nume colectiv, fără dizolvare și crearea unei persoane juridice noi. A se vedea *Ph. Merle*, op. cit., p. 796.

[1] Dizolvarea și lichidarea grupului este guvernată de art. 184-192 și 206-217 din Legea nr. 161/2003, corespunzătoare art. 227-237 și 252-263 LS. Echivalența urmează textele legii societare de la acea dată, astfel încât în prezent nu mai coincid.

membri care pot face *opoziție* de la notificarea situației financiare de lichidare și a proiectului

de repartizare. După realizarea propusă, sau epuizarea opozițiilor, lichidarea este încheiată, iar grupul este radiat din registrul comerțului.

674. Fuziunea și divizarea GIE. Fuziunea și divizarea urmează de principiu aceleași proceduri cu a societăților. Trebuie subliniat că distincția dintre societăți și grupuri este prezentă în continuare. Practic fuziunea și divizarea poate fi făcută doar între grupuri de interes economic, participarea societăților fiind exclusă (și reciproca este valabilă).

Fuziunea este definită ca absorbirea unui grup de către un alt grup sau contopirea a două ori mai multe grupuri pentru a alcătui un grup nou (art. 193 din Legea nr. 161/2003). Divizarea se realizează prin împărțirea întregului patrimoniu al unui grup care își încetează existența între două sau mai multe grupuri existente sau care iau astfel ființă. Este posibilă și divizarea prin desprindere, când o parte din patrimoniul său se desprinde și se transmite către unul sau mai multe grupuri existente sau care iau astfel ființă.

Procedura implică o hotărâre a grupurilor participante de împuternicire a administratorilor de a întocmi un *proiect de fuziune sau divizare* cu conținutul necesar desfășurării operațiunii (art. 196 din Legea nr. 161/2003). Această fază contractuală este urmată de publicitatea proiectului (registrul comerțului, Monitorul Oficial) și aprobarea efectivă în adunările generale ale membrilor grupurilor participante la operațiune. Efectele operațiunilor urmăresc îndeaproape regimul societar.

Secțiunea a 3-a. Grupurile europene de interes economic

675. Grupurile europene de interes economic (GEIE) în tratarea legii române. Reglementarea grupului de interes economic, exhaustivă, aduce în dreptul romanesc o instituție juridică corespunzătoare grupurilor europene de interes economic care pot avea sediul în România (in implementarea regulamentului european).

La data adoptării reglementării (2003) înființarea GEIE de către persoane juridice de drept român era imposibilă. Conform Regulamentului nr. 2137/1985 [art. 3 alin. (2)] preluat în reglementarea română, membrii grupului respectiv pot fi doar persoane juridice de drept european cu respectarea esenței transfrontaliere[1]. Mai mult, sediul unei asemenea entități trebuie să fie obligatoriu în spațiul european (art. 12 din Regulamentul nr. 2137/1985). Aceste condiții de naționalitate europeană pentru membrii au fost îndeplinite de persoanele de drept român doar după data de 1 ianuarie 2007 (aderarea României la Uniune).

---

[1] Un GEIE poate fi constituit doar de cel puțin două societăți sau alte entități juridice de drept european sau de cel puțin două persoane fizice de drept european sau cel puțin de o societate sau altă entitate juridică și o persoană fizică, ambele de drept european. În toate cazurile trebuie satisfăcută cerința transnațională, respectiv cel puțin două subiecte de drept fondatoare trebuie să fie legal înregistrate în jurisdicții naționale diferite.

Grupurile europene de interes economic (GEIE) sunt persoane juridice cu scop patrimonial reglementate direct Regulamentului Consiliului nr. 2137/85 din 25 iulie 1985 privind instituirea grupului european de interes economic (GEIE) şi sunt recunoscute în mod necesar România. Reglementările la care a purces legiuitorul român în privinţa lor sunt absolut redundante. Ele nu pot să contravină cu nimic izvorului normativ european şi nu fac decât să reia din prevederile acestuia. GEIE va fi înmatriculat în registrul comerţului în a cărui rază teritorială îşi va avea sediul grupul şi dobândesc personalitate juridică de la data înmatriculării.

Procedura de remediere a neregularităţilor şi de nulitate a GEIE este cea de drept european, preluată şi în dreptul societar.

De interes în reglementare mai este procedura de mutare a sediului GEIE într-un alt stat membru, prin decizia membrilor grupului, luată în unanimitate. În această situaţie este întocmit în prealabil un *proiect al deciziei* care va fi menţionat în registrul comerţului şi publicat în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Orice persoană interesată poate face *opoziţie* (în spiritul european motivele pot fi doar de ordine publică) în termen de două luni de la data publicării proiectului în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Doar după rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti expirarea termenului de introducere a opoziţiilor, grupul european de interes economic va putea adopta, cu unanimitate, hotărârea de transfer al sediului care va produce efecte de la data înmatriculării grupului european de interes economic în registrul corespunzător noului sediu şi radierea din cel naţional.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul II
Societatea europeană (Societas Europaea)

676. Introducere. Societatea europeană[1], cu denumire latină, unică pentru întreaga Uniune, *Societas Europaea* (SE), reprezintă încununarea unui efort îndelungat de sedimentară societară. Proiectul european, ambiţios prin finalitate, urmărea proiectarea unei entităţi destinată activităţii economice la nivelul pieţei interne, având o reglementare unică indiferent de jurisdicţia naţională din cadrul uniunii unde îşi fixează sediul social şi centrul administrativ de conducere a activităţii. Şablonul societar unic, nu simpla armonizare legislativă naţională, a reprezentat pasul dorit de legiuitorul european pentru a marca o etapă nouă, de edictare de tipuri societare aplicabile în mod direct în legislaţiile naţionale.

Legiferarea din anul 2001[2] răspunde unei nevoi, pentru că nu doar barierele din calea comerţului trebuiau înlăturate în piaţa internă, dar şi „structurile de producţie trebuie adaptate la dimensiunea Comunităţii", să poată fi posibilă crearea şi funcţionarea unor societăţi de „dimensiune europeană, libere de obstacolele rezultând din diferenţele şi aplicarea teritorială limitată a dreptului naţional al societăţilor" (pct. 7, Preambul, Regulamentul nr. 2157/2001).

Intenţia declarată a legiuitorului european este de a desprinde această creaţie de drept european de specificul naţional şi a o lăsa să evolueze într-un cadru european unic transnaţional. Tiparul societar ales este cel cunoscut în toate legislaţiile naţionale, al societăţii de capitaluri, al societăţii anonime, societatea pe acţiuni care în esenţă este o societate cu răspundere limitată emitentă de titluri negociabile, cea mai adecvată pentru o activitate economică la scară mare.

Izvorul de drept comun european al prezentei creaţii juridice este regulamentul special dedicat societăţii europene (SE). Totuşi acesta nu reuşeşte să fie unicul izvor faţă de inerentele lipsuri de reglementare şi diversitatea sistemelor legislative ale statelor membre. În concluzie baza normativă completă a SE este stabilită de regulament pe paliere de reglementare. În măsura în care palierele superioare nu asigură o reglementare totală a societăţii, izvorul juridic va fi căutat pe un palier inferior. Astfel, o SE va fi guvernată de regulamentul european, de actul său constitutiv dacă regulamentul permite sau, acolo unde nu există normă în regulament sau reglementările nu sunt complete, pentru partea nereglementată, de legile naţionale edictate de un stat membru în implementarea dispoziţiilor privind SE, de dispoziţiile naţionale aplicabile unei societăţi pe acţiuni în statul în care SE îşi are sediul social, de dispoziţiile actelor constitutive proprii, în mod asemănător societăţilor pe acţiuni guvernate de dreptul naţional al statului în care se află sediul social (art. 9 din Regulamentul nr. 2157/2001).

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 150.

[2] Regulamentul Consiliului nr. 2157/2001 privind statutul unei Societăţi Europene (JOUE L 294 din 10 noiembrie 2001, p. 1-21), modificat în anul 2004 (Regulamentul nr. 885/2004) şi 2007 [Regulamentul (CE) nr. 1791/2006].

În concluzie SE are o reglementare autonomă care va apela la dreptul național doar în caz de necesitate, neputând face abstracție de faptul că va lua naștere într-un stat membru în care își fixează sediul, sub regimul național.

677. Natură juridică și locul SE în sistemul normativ național. Chiar în situația reglementării naționale complete SE nu poate fi ruptă de dreptul național în care evoluează. Astfel, înregistrarea societății se va supune dreptului național, cu garanția recunoașterii existenței acesteia în tot spațiul european, fără îndeplinirea altor formalități. Tratamentul rezervat SE din perspectiva dreptului național conform regulamentului european este același cu cel aplicat societăților de tip societăți pe acțiuni naționale (art. 10 din Regulamentul nr. 2157/2001). În acest mod natura juridică societară este rezolvată chiar de izvorul european. Totuși această calificare are efecte limitate fiindcă modul de aplicare a normelor naționale este deja stabilit ferm de regulament. În ultimă instanță apelarea la șablonul societar al societății interne pe acțiuni rezolvă orice lacună de reglementare a SE. Codul civil nu a enumerat expres SE între formele de societate recunoscute (art. 1888), dar această situație nu poate știrbi cu nimic aplicarea imediată a dreptului european și prevalența sa față de dreptul intern.

678. Dimensiunea europeană obligatorie a SE. Dimensiunea europeană dorită pentru SE nu este una subiectivă sau artificială. Simpla voință a fondatorilor, acționarilor, nu este suficientă pentru constituirea unei SE, subiect de drept european. Doar elementul transfrontalier, dar intern față de Uniune, poate avea ca rezultat nașterea acestui subiect de drept cu trăsături aparte. Conform acestor cerințe societatea europeană are obligatoriu rădăcini naționale, dar atingerea unui prag european, prin depășirea limitelor unei piețe naționale, poate să asigure constituirea unui subiect de drept european particular, SE. Beneficiile accederii la acest nivel nu sunt numai de prestigiu, dar și de „standardizare". Terții vor ști aprioric caracterele noii structuri indiferent de locul de înregistrare a societății. Pași importanți au fost realizați în uniformizarea anumitor structuri societare prin primele directive din materia societăților. Însă diversitatea națională nu a fost știrbită cu nimic, cerințele unice de înregistrare, de ocrotire a bunei-credințe a terților și de stabilitate a capitalului social fiind departe de a crea un șablon societar unic.

Prin instituirea acestei societăți (SE) tocmai acest lucru este atins: crearea unui șablon societar european unic, indiferent de „solul" legislativ național în care aceasta ființează prin sediul său de înregistrare. Ca tip de societate, din perspectiva națională, SE nu este originală față de o societate față de acțiuni. Reglementarea distinctă însă și sancționarea europeană a tipului de societate permit acceptarea SE ca un șablon societar distinct, alăturat celor de drept intern.

Crearea unei SE trebuie să răspundă unei necesități, nu unei „aplecări" cosmopolite. Simpla legiferare a acestei societăți nu permite translatarea voluntară a structurilor societare naționale de tip societăți pe acțiuni în interiorul noului șablon. Dimensiunea europeană trebuie probată în condițiile regulamentului, lucru care implică în esență o dimensiune multinațională a acționariatului societății, a activităților desfășurate de societate. Regulamentul enumeră patru modalități de constituire, prin tot atâtea modalități de depășire a limitelor naționale: prin fuziune, când cel puțin două din societățile

implicate sunt guvernate de legi naționale diferite; prin formarea unui holding dacă cel puțin două din societățile promotoare sunt guvernate de legi naționale diferite sau au de cel puțin doi ani o filială sau sucursală aflată sub altă jurisdicție; înființarea unei filiale SE, când cel puțin doi dintre fondatori aparțin unor jurisdicții diferite sau au de cel puțin doi ani o filială sau sucursală în alt stat; și prin transformare, când societatea supusă transformării are de cel puțin doi ani o filială aflată sub altă jurisdicție (art. 2 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Șablonul societar al societății europene pe acțiuni (SE) este complet trasat în privința constituirii, cuprinsului actului constitutiv, funcționării (regimului titlurilor emise, organele instituționalizate împreună cu organizarea și modul de adoptare a deciziilor) și încetării persoanei juridice.

Secțiunea 1. Constituirea SE

679. Proceduri de constituire. Constituirea SE este supusă cerințelor premisă de extraneitate impuse asociaților și modalităților limitate de constituire: fuziunea, înființarea unui holding SE, înființarea unei filiale, transformarea unei societăți de tip societate pe acțiuni. Elementul de extraneitate reclamă participarea la operațiunea de constituire a cel puțin doi asociați din jurisdicții naționale, dar europene, diferite. Fiecare modalitate de constituire are o reglementare proprie detaliată. Caracterul european al societății nu poate ignora normele locale de înregistrare și publicitate proprii jurisdicției sediului social, ales obligatoriu într-un stat membru. Constituirea SE pornește de la o realitate juridică națională. Constituirea SE nu poate fi un proces european complet, în sensul conferirii personalității juridice fără concursul controlului administrativ național, din simplul motiv că Uniunea nu posedă și nu-și propune să creeze propriile proceduri administrative de constituire, para-naționale. Ar fi inutil cât timp fiecare stat membru are un sistem de control național funcțional și armonizat la nivelul Uniunii prin efectul directivelor de drept societar. La aceasta se adaugă și faptul că societatea europeană poate avea deja o personalitate juridică preexistentă, „deturnată" spre un sens european. Personalitatea europeană derivă din personalitatea preexistentă, o succede juridic după un mecanism propriu mai mult noțiunii de transformare decât celei de constituire a unei societăți.

Subsecțiunea 1. Constituirea prin fuziune

680. SE societate rezultantă a fuziunii. Modalitatea clasică de evoluție a unei societăți pentru întărirea poziției sale de piață este fuziunea, în variantele sale, prin contopire sau prin absorbție. Atunci când participanții la operațiune provin din state membre diferite elementul de transnaționalitate este satisfăcut. Societățile de tip societăți pe acțiuni înregistrate sub legea unui stat membru, cu sediul social în spațiul Uniunii și sub condiția ca cel puțin două dintre ele să fie guvernate de legi naționale diferite, pot forma o SE prin fuziune. O asemenea fuziune va urma procedura privind fuziunile prin absorbție sau prin contopire (prin formare de societăți noi), în concor-

danță cu dreptul european[1]. În cazul fuziunii prin absorbție, societatea absorbantă poate lua forma unei SE în momentul când fuziunea s-a încheiat, iar în cazul fuziunii prin contopire societatea nou formată poate fi SE.

Legea unui stat membru poate să interfereze cu procesul de formare a SE ca urmare a fuziunii entităților sale naționale. Situația privește însă cazuri de intervenție națională limitativ reglementate, fiindcă un drept general de cenzură recunoscut statului național în această procedură, necircumstanțiat, ar transforma regulamentul european într-o normă supletivă. Autoritățile competente ale unui stat membru, precum o instanță, un notar sau altă autoritate, pot dispune împiedicarea unei societăți reglementate de acest stat să ia parte la formarea SE prin fuziune. Acest lucru este posibil înainte de eliberarea *certificatului* pe care această autoritate este îndrituită să-l elibereze pentru atestarea realizării unor operațiuni prealabile fuziunii.

Cum spuneam însă, o asemenea opoziție nu poate fi discreționară, ci trebuie să se bazeze pe apărarea unui interes public. Accesul la justiție pentru cenzura judiciară a acestei împotriviri este deschis pentru părți (art. 19 din Regulamentul nr. 2157/2001).

681. Procedura. Procedura constituirii prin fuziune a SE urmează îndeaproape etapele edictate, armonizate în sistemele de drept naționale prin efectul actului european care reglementează fuziunile, pentru societățile naționale de tip societăți pe acțiuni, pe eșafodajul cărora este construită societatea europeană.

Fazele fuziunii privesc întocmirea și publicitate a actelor de fuziune (proiectul de fuziune și raportul organelor de administrare însoțit de situațiile financiare și informațiile relevante), controlul preliminar al autorității administrative, exprimarea concordantă a voințelor sociale ale entităților participante în adunările generale ale acționarilor convocate în acest scop urmată de publicitatea modificărilor statutare induse de fuziune care încheie procedura.

Organul administrativ al societăților implicate în fuziune va întocmi *proiectul de fuziune* care va cuprinde informațiile relevante: numele și sediile sociale ale societăților care fuzionează împreună cu atributele de identificare propuse pentru SE; raportul de schimb și sumele propuse pentru orice compensație; termenii privind distribuirea acțiunilor SE; data de la care deținerea de acțiuni SE va da dreptul la o parte din profit și orice condiții speciale afectând acest drept; data de la care tranzacțiile societăților care fuzionează vor fi tratate ca operațiuni ale SE din punct de vedere contabil; drepturile conferite de SE posesorilor de acțiuni speciale și deținătorilor de valori mobiliare (altele decât acțiunile) sau măsurile propuse în privința lor; orice avantaj special conferit membrilor organelor administrative și control sau experților care examinează proiectul de fuziune; actul constitutiv al SE; informații în privința procedurilor prin care cerințele europene vizând atragerea în procesul decizional a salariaților sunt respectate (art. 20 din Regulamentul nr. 21357/2001).

682. Publicitatea. Întocmirea documentelor propuse pentru realizarea operațiunii este urmată de faza de publicitate a acestora. Hotărârea finală asupra operațiunii și

[1] Directiva 2011/35/UE privind fuziunile societăților comerciale pe acțiuni (JOUE L 110/1 din 29 aprilie 2011), care a înlocuit Directiva a III-a 78/855/CEE a Consiliului (JOCE L 295 din 20 octombrie 1978, p. 36-43).

constituirea SE poate fi luată doar după publicitatea tuturor documentelor impuse de lege, în folosul atât al terților cât și al acționarilor.

Pentru fiecare societate implicată se vor publica în jurnalul oficial național al acelui stat membru următoarele informații minimale: tipul, numele și sediul social pentru fiecare societate implicată; registrul de publicitate în care societatea este înregistrată și numărul de înregistrare pentru fiecare societate; indicarea convențiilor realizate cu creditorii și acționarii minoritari împreună cu indicarea locului unde pot fi obținute informații complete și gratuite despre aceste aranjamente; numele și sediul propus pentru SE (art. 21 din Regulamentul nr. 21357/2001).

Normele privind *opinia profesională a experților*, specifică operațiunilor de fuziune în general, se regăsește și în cazul constituirii SE prin fuziune. Ca o alternativă la desemnarea experților acționând pe seama fiecărei societăți implicate, pentru examinarea proiectului de fuziune și întocmirea raportului către acționari, pot fi numiți în mod unic unul sau mai mulți experți independenți să realizeze această sarcină pe seama tuturor societăților, experți independenți numiți de o autoritate administrativă sau judiciară a unui stat membru de înregistrare a uneia din societățile implicate sau a sediului propus pentru SE (art. 22 din Regulamentul nr. 21357/2001).

683. Hotărârile participanților în privința fuziunii. De esența fuziunii rămâne exprimarea voinței fiecărei societăți participante în adunările generale proprii. Deliberarea privește atât fuziune cât și opțiunea pentru forma SE pentru societatea absorbantă sau rezultantă.

Fiecare adunare generală a societăților implicate aprobă proiectul de fuziune în aceeași formă. Consecvent aplicării reglementărilor privind implicarea salariaților în funcționarea societăților europene, regulamentul permite chiar condiționarea înregistrării noii societăți (SE) de ratificarea *acordurilor convenite cu salariații* (art. 23 din Regulamentul nr. 21357/2001).

Soluțiile normative naționale privind societățile pe acțiuni care fuzionează sunt activate în privința normelor de protecție a terților, pe parcursul fuziunii ce dă naștere SE. Aceste norme prezintă un grad mare de uniformizare prin efectul directivei europene privind fuziunile.

Așa cum reiese din procedura și garanțiile instituite în această modalitate de constituire a SE, legea națională ține puternic sub gravitația sa construcția europeană. Dreptul european se folosește de dreptul național și deși prevalează acestuia, nu-și propune deloc să-i ia locul mai mult decât este necesar, pentru realizarea unor obiective comune (principiul subsidiarității). Astfel, nicio construcție juridică europeană nu era de așteptat să subziste cu totul în afara creațiilor similare naționale.

684. Controlul administrativ sau administrativ-jurisdicțional. Operațiunile de fuziune suportă un control de legalitate propriu reglementărilor naționale aplicabile societăților de tip societăți pe acțiuni, în privința fiecărei societăți implicate. În funcție de soluția națională existentă instanța, notarul sau altă autoritate națională competentă emite un *certificat* care să ateste întocmirea procedurii specifice, anterioare aprobării și producerii efectelor fuziunii în sine.

Doar conformitatea cu legea națională permite accederea la nivelul european. Accederea în această sferă nu poate ocoli domeniul național în care societățile ființează. Dacă legea națională prevede o procedură de supraveghere și cenzurare a raportului de schimb sau o procedură de compensare a acționarilor minoritari, fără a împiedica înregistrarea fuziunii, asemenea proceduri se vor aplica doar dacă celelalte societăți implicate, situate într-un stat membru care nu prevede o asemenea procedură, acceptă în mod explicit, cu ocazia aprobării proiectului de fuziune, posibilitatea pentru acționarii acelei societăți să recurgă la acea procedură. Decizia în procedura în cauză va fi obligatorie pentru societatea absorbantă și pentru toți acționarii ei (art. 25 din Regulamentul nr. 21357/2001).

Legalitatea finală a fuziunii și a constituirii în acest mod a SE va fi verificată de organul competent (instanță, notar sau altă autoritate) al statului membru al viitorului sediu al SE. Acest organ competent este cel îndreptățit să se pronunțe și asupra legalității fuziunilor societăților pe acțiuni. Fiecare societate participantă va depune la autoritatea competentă certificatul propriu emis de autoritatea națională împreună cu o copie a proiectului de fuziune aprobat de acea societate. Autoritatea competentă este ținută să verifice în primul rând dacă societățile participante au aprobat proiectul de fuziune în aceeași termeni și dacă aranjamentele pentru implicarea salariaților au fost realizate conform directivei comunitare incidente[1].

Fuziunea, împreună cu efectul urmărit, constituirea SE, vor produce efecte de la data la care SE este înregistrată, iar pentru fiecare societate încheierea fuziunii va fi făcută publică conform dreptului național.

685. Efecte juridice. Consecințele operațiunii urmăresc efectele juridice, patrimoniale și nepatrimoniale ale fuziunii, dar și efectul special urmărit de regulamentul european: nașterea societății europene în persoana societății absorbante sau rezultante.

O fuziune realizată prin absorbție, în condițiile regulamentului european, va avea următoarele consecințe simultane și *ipso jure*: toate activele și obligațiile fiecărei societăți absorbite sunt transferate la societatea absorbantă; acționarii societății absorbite devin acționarii societății absorbante; societatea absorbită încetează să existe; societatea absorbantă adoptă forma de SE.

Mutatis mutandis o fuziune realizată prin contopire va avea următoarele efecte: toate activele și obligațiile societăților care fuzionează sunt transferate către SE; acționarii societăților care fuzionează devin acționari ai SE; societățile care fuzionează încetează să existe.

Cerințele specifice dreptului național pentru transferul anumitor active (imobile în principal) sau opozabilitatea drepturilor față de terți rămân aplicabile și vor trebui îndeplinite de societățile participante sau de SE subsecvent înregistrării sale. Drepturile și obligațiile societăților participante în privința condițiilor de angajare decurgând din legea națională, contractele individuale de muncă sau relațiile de muncă existente vor fi preluate de SE după înregistrarea sa (art. 29 din Regulamentul nr. 21357/2003).

[1] Directiva 2001/86/CE.

686. Nulitatea şi dizolvarea. Fuziunea care are ca rezultat o SE poate suferi sancţiunea nulităţii. Efectele acestei instituţii sunt şi în această materie redimensionate până la înlăturarea totală. Într-un mod redat expres de regulament, SE nu va putea fi declarată nulă odată ce a fost înregistrată.

Interdicţia este atenuată de posibilitatea dizolvării societăţii europene pentru omisiunea supravegherii legalităţii operaţiunii de fuziune în condiţiile reglementate (art. 30 din Regulamentul nr. 21357/2001). Ocolirea instituţiei nulităţii este pur declarativă atât timp cât sancţiunea dizolvării era singurul efect al nulităţii în materia societară.

Subsecţiunea a 2-a. Constituirea unui holding SE

687. Noţiune. Acest mod de constituire a SE prezintă dificultăţi, pentru că dreptul românesc nu cunoaşte consacrarea expresă a acestui grup de societăţi – *holdingul*. De principiu această structură implică deţineri indirecte, respectiv înfiinţarea, de către societăţile deţinute de acţionarii iniţiali, a unor alte societăţi cu personalitate juridică, într-un proces care poate continua în cascadă prin constituirea mai departe de alte filiale. Este însă posibilă şi soluţia inversă. Asociaţii unor societăţi schimbă acţiunile deţinute cu acţiuni la altă societate, care devine astfel societate care controlează societăţile iniţiale (practic devine societate-mamă fără să fi constituit ea însăşi acele societăţi). Societăţile participante la constituirea holdingului sunt denumite de regulament *societăţi promotoare*. Acest ultim procedeu interesează în cazul formării holdingului SE, respectiv acţionarii societăţilor promotoare sunt „transportaţi" de pe o poziţie „paralelă", fiecare în societatea lui promotoare, pe o poziţie similară de co-acţionari la societatea de tip holding care va controla ambele/toate societăţi/societăţile promotoare.

Operaţiunea este în principiu un schimb de acţiuni: în schimbul acţiunilor deţinute, la societăţile promotoare iniţiatoare, acţionarii primesc acţiuni la noua structură care va controla fiecare din societăţile iniţiatoare. În acest mod se creează un nivel unic de control al societăţilor promotoare, iar vechii acţionari coboară o treaptă, rezervându-şi un loc în această structură nou creată, de control, holdingul, în calitate de acţionari. Pentru a fi puţin mai complicat, în cazul holdingului SE are loc de fapt constituirea de la zero a acestei societăţi, astfel încât schimbul este de fapt un aport de acţiuni. Vechii acţionari de la societăţile promotoare aportează acţiunile lor la noua societate, SE, care devine astfel acţionar la fiecare din societăţile promotoare, şi dobândesc, ca în cazul oricărui aport, acţiuni la societatea la care participă – SE.

Holdingul SE este de fapt o societate pe acţiuni constituită conform regulamentului european din aporturi în acţiuni (aport în natură, bunuri mobile incorporale) la alte societăţi. Pentru ca noua societate, holdingul SE, să deţină cu adevărat controlul societăţilor promotoare (să fie holding) este necesară deţinerea de către ea a unei cote majoritare din acţiunile fiecărei societăţi promotoare. Noua structură de control se va forma doar dacă suficient de mulţi dintre acţionarii fiecărei societăţi promotoare vor participa (vor aporta) cu acţiunile lor la formarea SE. Pe de altă parte, operaţiunea în sine depinde strict de voinţa fiecărui acţionar. Aportul, sau schimbul de acţiuni (depinde din ce unghi privim operaţiunea) se realizează strict pe baza voinţei exprimate de acţionari. Voinţa majoritară nu acţionează în această materie.

De aceea proiectele de realizare a holdingului vor prevedea proporția minimă din drepturile de vot ale fiecărei societăți promotoare care trebuie transferată holdingului pentru realizarea cu succes a operațiunii.

688. Dimensiunea europeană. Această tehnică a holdingului este una posibilă între orice tipuri de societăți. Este un mod aparte de constituire a unui structuri de control fără a urma calea directă, a lanțului de societăți de tip societate-mamă filială. Societăți existente creează o structură de control comună pe calea schimbului de acțiuni. Dobândind acțiuni la societățile existente în schimbul acțiunilor proprii (emise prin majorare de capital sau constituirea societății) holdingul poate controla (în principal prin deținerea majorității drepturilor de vot) societățile existente. Holdingul SE are însă limitări impuse de dimensiunea transnațională. Societățile participante (promotoare) trebuie să aibă sediul social pe teritoriul Uniunii și cel puțin două dintre ele trebuie să fie reglementate de legislația unor state membre diferite sau, a doua variantă, să dețină de cel puțin doi ani o filială reglementată de legislația unui alt stat membru sau o sucursală pe teritoriul altui stat membru. Reținem și faptul că societățile participante pot fi de tip societate pe acțiuni sau cu răspundere limitată (în cazul constituirii SE prin fuziune pot fi doar de primul tip).

689. Diferența dintre holdingul SE și fuziune. Formarea SE în această modalitate (holding SE) reclamă întocmirea unui *proiect al operațiunii* de către societățile participante care va conține proporția minimă din acțiunile societăților participante care trebuie subscrisă (schimbată cu acțiuni ale SE) de acționari (cota respectivă din acțiuni trebuind să confere peste 50% din drepturile de vot ale societăților participante). În consecință holdingul SE poate lua naștere și în condițiile în care există acționari din societățile promotoare care nu încuviințează schimbul; care rămân în aceeași poziție de acționari la societățile promotoare (dar a fost depășit pragul minim de deținere pentru subscriere prevăzut de proiect). Spre deosebire de operațiunile de fuziune-dizolvare, în care schimbul de acțiuni specific are loc chiar și față de acționarii care se opun, dacă majoritățile legale au fost întrunite, în acest caz acționarii care nu au încuviințat operațiunea nu suferă nici o alterare a deținerilor lor. Societățile promotoare, în contrast cu societățile participante la o fuziune, rămân întotdeauna în ființă și își conservă identitatea juridică și patrimonială.

Schimbarea care privește *societățile promotoare* este vizibilă exclusiv în structura de acționariat, în privința controlului, fără să le fie alterată personalitatea juridică sau integritatea patrimonială. Plastic spus, societățile promotoare își creează un autor, o societate-mamă.

Societățile inițiatoare ale unui holding, specific acestei operațiuni și în contrapunere cu fuziunile, așa cum am relevat, vor continua să existe prin declarația expresă a regulamentului european (art. 32 din Regulamentul nr. 2157/2001).

690. Procedura. Dacă diferențele de natură între fuziunea societăților și constituirea de către acestea a unui holding SE sunt evidente, procedurile sunt însă similare. Procedura formării unui holding SE va implica o fază de întocmire și publicitate a actelor de constituire a societății (proiectul de constituire și raportul organelor de

administrare însoțit de situațiile financiare și informațiile relevante), urmată de un control preliminar al autorității administrative și de exprimarea voințelor sociale ale entităților participante, în adunările generale ale acționarilor convocate în acest scop.

Administratorii societăților promotoare vor întocmi *proiectul de constituire a holdingului SE*. Proiectul va cuprinde justificarea operațiunii, implicațiile asupra acționarilor și salariaților, va indica procentul minim din acțiunile fiecărei societăți cu care acționarii trebuie să contribuie la formarea holdingului, procent ce nu va putea fi mai mic de 50% raportat la drepturile de vot în adunarea în cauză (art. 32 din Regulamentul nr. 2157/2001). Proiectul operațiunii va fi supus publicității cu cel puțin o lună înainte de adunarea generală convocată să decidă asupra acestuia.

Și în acest caz este necesară opinia unor experți independenți, numiți sau aprobați de o autoritate administrativă, privind proiectul de constituire a SE în interesul acționarilor fiecărei societăți. În caz de acord al societăților participante va putea fi întocmit un singur raport de către experți independenți numiți sau aprobați de autoritatea competentă a unui stat membru sub competența căruia se află oricare din societățile inițiatoare sau va fi noul holding SE. Similar fuziunii, elementul sensibil al operațiunii, vizat de expertiza independentă, este *raportul de schimb* și metodele de evaluare folosite pentru determinarea acestuia.

Adunarea generală a fiecărei societăți inițiatoare va aproba proiectul de constituire a holdingului SE. Toate aceste dispoziții se vor aplica *mutatis mutandis* la societățile cu răspundere limitată (SRL)[1].

691. Dreptul de opțiune al acționarilor. Acționarii societăților participante la constituirea holdingului SE vor avea o perioadă de trei luni de la data definitivării proiectului de constituire în care pot să-și exprime intenția de aportare a acțiunilor lor la formarea holdingului.

Holdingul se va putea constitui doar dacă în această perioadă acționarii vor transfera *procentul minim* de acțiuni în fiecare societate conform proiectului de constituire. Succesul formării holdingului va fi făcut public conform dreptului național al fiecărei societăți inițiatoare. Acționarii care nu și-au exprimat intenția de participare în termenul de trei luni indicat vor avea această posibilitate pentru încă o lună, subsecvent expirării primei perioade. Acest nou termen nu trebuie interpretat ca o prelungire a celui dintâi. La expirarea primului termen, succesul, sau insuccesul, operațiunii este cunoscut. În caz de succes acționarii care nu au subscris primesc un nou termen de opțiune: în condițiile în care holdingul SE se constituie în mod sigur ei pot alege între rămâne acționari minoritari alături de holding în societățile lor sau de a schimba acțiunile lor cu acțiunile emise de holdingul SE.

---

[1] Art. 32 alin. (7) din Regulamentul nr. 2157/2001. Societățile de tip societăți cu răspundere limitată sunt incluse în mod expres printre societățile care pot promova formarea holdingului – societăți promotoare. Problemele practice sunt însă majore în această situație. Cel puțin în sistemul românesc de drept construcția nu va funcționa. Asociații în astfel de societăți nu pot dispune în mod liber de părțile lor sociale. Cu atât mai puțin acestea se pretează la aportare. De aceea, în dreptul românesc participarea acestor societăți la operațiunea din acest paragraf trebuie să stea sub condiția atingerii majorităților speciale necesare pentru cesiunea părților sociale.

Toți acționarii care au contribuit cu acțiunile lor la formarea holdingului vor primi acțiuni la holdingul SE. Ei, prin adunarea generală a SE și voința SE, acționar majoritar acum în societățile promotoare, vor controla aceste societăți inițiale. Îndeplinirea condițiilor naționale de control și publicitate va duce la înregistrarea holdingului și dobândirea personalității lui juridice (art. 33 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Problematica controlul în societăți este un element foarte important. Societățile cotate sunt foarte sensibile la acest subiect față de obligațiile ferme impuse de legiuitor la dobândirea poziției de control (oferta publică de preluare obligatorie). Nivelul de legiferare în materia societăților tranzacționate pe o piață reglementată se suprapune reglementării generale, în calitate de normă specială.

Subsecțiunea a 3-a. Constituirea prin formarea unei filiale SE

692. Filiala. Această procedură este cea mai la îndemână modalitate de constituire a SE. Practic are lor constituirea unei societăți pe acțiuni în condițiile regulamentului european. Societățile pot constitui alte societăți cu personalitate juridică din postura de acționari (fondatori). Acestei noi societăți distincte au statutul de filială comună raportat doar la controlul realizat de fondatori. Această tehnică este posibilă și cu includerea unui element transnațional, respectiv acționarii fondatori pot fi persoane de drept de naționalități diferite. În acest mod persoane de drept public sau privat al căror sediu și centru administrativ este situat în cadrul Uniunii și funcționează sub legea unui stat membru pot forma o filială de tip societate europeană (SE) prin subscrierea acțiunilor ei. Elementul esențial de transnaționalitate, intrinsec construcției europene, este realizat dacă cel puțin două dintre entitățile menționate sunt guvernate de legea a două state diferite sau au avut pentru cel puțin doi ani o filială înființată sub legea altui stat membru sau o sucursală situată în alt stat membru.

Societățile și alte persoane de drept care participă în această operațiune se vor supune normelor care reglementează participarea la formarea unei filiale sub forma unei societăți de tip societate pe acțiuni conform dreptului național al sediului social al filialei.

În acest caz SE admite ca participanți orice entitate de drept public sau privat recunoscută de statele membre, inclusiv orice entitate care intră în conceptul european de societate, cu scopul formării unei societăți noi de tip societate pe acțiuni. Formarea acestei noi societăți – Societate Europeană – este guvernată de legea națională a statului de înregistrare, dar șablonul societar de tip SE este incident în privința funcționării societății.

Trimiterea la regimul de înființare a societății naționale de tip societate pe acțiuni absolvă legiuitorul european de alte reglementări în acest domeniu.

Subsecțiunea a 4-a. Transformarea unei societăți pe acțiuni preexistentă într-o SE

693. Dimensiunea europeană. O societate pe tip societate pe acțiuni, cu sediul și centrul administrativ pe teritoriul Uniunii, formată sub legea unui stat membru, poate fi transformată într-o SE. Elementul transfrontalier intrinsec construcției va fi satisfăcut

dacă cel puțin în cei doi ani anteriori această societate a avut o filială guvernată de legea altui stat membru.

Transformarea societății pe acțiuni într-o SE nu va avea ca efect dizolvarea acesteia sau crearea unei persoane juridice noi. Sediul social nu va fi transferat în alt stat membru simultan cu transformarea. Dimensiunea europeană se adaugă construcției existente fără a-i anula acesteia existența. Termenul de transformare în dreptul societar implică schimbarea șablonului societar, fără extincția personalității juridice. În acest caz noul șablon societar transcende dreptului național, ființând în dreptul european, șablonul SE.

694. Procedura. Din punct de vedere procedural transformarea în SE urmează operațiunile complexe, obligând la întocmirea documentelor (proiect, raport) și publicitatea lor. Astfel, organul administrativ va întocmi un *proiect de transformare* și un raport pentru justificarea efectelor economice și legale ale transformării, a implicațiilor pentru acționari și salariați.

Publicitatea proiectului este realizată cu cel puțin o lună înaintea adunării generale convocată să decidă asupra transformării. Este necesară și *opinia experților* independenți numiți sau confirmați de autoritate conform legii stat membru aplicabilă SE. Obiectul certificării va privi și faptul că societatea are un activ net cel puțin egal cu capitalul său social (plus rezervele legale obligatorii).

Adunarea generală a acționarilor va aproba proiectul de transformare și actul constitutiv al SE în condițiile naționale de majoritate specifice acestor adunări de modificare statutară (art. 37 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Secțiunea a 2-a. Actul constitutiv

695. Preambul. Unitatea de reglementare a construcției juridice a SE este realizată prin șablonul comun trasat pentru actul constitutiv și mecanismele de funcționare ale societății. Instrumentul principal de standardizare în domeniu, folosit din plin de regulamentul european, este reprezentat de actul constitutiv al SE. Acesta asigură individualitatea societății și relevă arhitectura instituțională gândită de autorii creației de drept european.

SE este proiectată după modelul societății de tip societate pe acțiuni și actul său constitutiv va conține dispoziții compatibile cu acest tip de structură[1]. Greutatea reglementării provine însă din diversitatea soluțiilor adoptate în privința acestui tip de societate pe cuprinsul Uniunii, diversitate care nu a fost eliminată de efectele de armonizare ale directivelor din domeniul societar deși acestea au acționat cu predilecție asupra acestui șablon societar. Existența SE este justificată chiar de această realitate, a diversității naționale existente în privința societății pe acțiuni. Oferirea unui șablon societar unic pentru toată Uniunea face mai atractivă această construcție societară.

696. Conținutul actului constitutiv. Condițiile generale de validitate a contractelor nu au o reflectare specială în privința actului constitutiv al SE. De aceea vom urmări

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 166.

condițiile speciale care țin de reglementarea particulară a actului constitutiv al SE. Regulamentul european trasează exact forma șablonului societar reprezentat de această societate. Sunt prescrise norme în privința atributelor de identificare, sediu, denumire, formarea și dimensiunea minimă a capitalului social, tipul de răspundere angajată în persoana acționarilor pentru obligațiile societare, organizare și funcționare. Organele instituționalizate, create de voința acționarilor în interiorul cadrului normativ trasat, sunt fixate prin conținutul actului constitutiv, dar privesc în special funcționarea societății.

Statutul (actul constitutiv al unei SE) va însemna atât actul de constituire cât și, acolo unde este și un document separat, statutul însuși al societății (art. 6 din Regulamentul nr. 2157/2001). Denumirea unei societăți europene va fi urmată de abrevierea SE, acronim rezervat în mod expres și exclusiv acestei creații de drept european (art. 11 din Regulamentul nr. 2157/2001). SE poate avea sediul exclusiv pe teritoriul Uniunii, în jurisdicția oricărui stat membru. Principiul convergenței sediului social cu sediul administrativ este expres declarat. În acest sens sediul social al SE va fi situat pe teritoriul Uniunii, în același stat cu centrul (sediul) administrativ al societății. Cerințele naționale pot fi și mai restrictive, până la impunerea suprapunerii spațiale perfecte a celor două sedii.

Societatea va emite titluri reprezentative de participare la capitalul social, acțiuni, iar răspunderea acționarilor pentru obligațiile societății este limitată la valoarea acțiunilor subscrise [art. 1 alin. (2) Regulamentul nr. 2157/2001]. Obligațiile societății sunt garantate strict cu patrimoniul său social care a luat naștere prin vărsarea (aportarea) de către acționari a acțiunilor subscrise, patrimoniu propriu născut subsecvent creării societății. Răspunderea acționarilor nu poate fi angajată pentru obligațiile societății atât timp cât aceștia au vărsat aporturile conform subscrierilor efectuate.

Capitalul social va fi exprimat în moneda europeană, având o valoarea subscrisă minimă de 120.000 euro ceea ce arată proiectarea SE pentru activități economice de o anvergură sporită. Limitele naționale minime ale capitalului social impuse de alegerea unui anume obiect de activitate sunt aplicabile (art. 4 din Regulamentul nr. 2157/2001)[1].

697. Publicitate. SE sunt în mod necesar înregistrate în jurisdicția unui stat membru și, în mod subsecvent, se află sub gravitația unei legi naționale. Interacțiunea SE cu legea națională în cauză, atât în timpul formării cât și ulterior acestui moment, nu putea fi ignorată de regulamentul european.

Soluția europeană este una simplă și așteptată: SE vor fi tratate în fiecare stat membru ca și cum ar fi societăți de tip societăți pe acțiuni conform dreptului național aplicabil locului sediului social (art. 10 din Regulamentul nr. 2157/2001). Înregistrarea și publicitatea constituirii SE se realizează în formele prescrise de dreptul național, așa

[1] În mod obișnuit sistemele naționale de drept impun cerințe superioare de capital social în domenii de activitate supra-reglementate (asigurări, bănci, intermedieri financiare etc.). Dar și aceste limite naționale sunt rezultatul unor directive speciale de „adecvare", la nivel european, a capitalului social minim pentru activități precum cele relevate.

cum au fost acestea armonizate prin efectul directivelor europene. Fiecare SE va fi înregistrată într-un registru conform legii naționale a locului sediului social[1].

Cerințele de dialog și implicare socială acceptate la nivel european pot fi o piedică în calea perfectării înregistrării SE. O astfel de societate nu va fi înregistrată dacă nu sunt respectate aranjamentele legal impuse pentru implicarea angajaților în procesul decizional (art. 12 din Regulamentul nr. 2157/2001)[2].

Publicitatea impusă SE are însă și un nivel european. Înregistrarea unei SE, ca și radierea acesteia, va fi publicată, cu scop informativ, în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene, după publicarea realizată sub imperiul dreptului național. Anunțul va cuprinde numele, numărul, data și locul publicării, împreună cu titlul publicației, sediul social și domeniul de activitate al SE (art. 14 din Regulamentul nr. 2157/2001). Informațiile enumerate vor fi înaintate la Biroul pentru Publicații Oficiale al Uniunii Europene în termen de o lună de la publicarea conform dreptului național.

698. Naşterea SE. Ca și societățile naționale, SE dobândește personalitate juridică de la data înregistrării ei în registrul național desemnat. Regula generală a dobândirii personalității subsecvent unei proceduri administrative de supervizare/control funcționează și în cazul SE.

Înregistrarea invocată poate privi o nouă societate sau transformarea unei societăți deja existente, în funcție de modalitatea de înființare a SE folosită.

Secțiunea a 3-a. Funcționarea SE

699. Organele sociale. Organele instituționalizate ale unei SE, așa cum sunt consfințite de textul european sunt adunarea generală a acționarilor și structura administrativă de conducere a societății, reprezentată fie de consiliul de supraveghere și consiliul de management (*two-tier system*)[3] fie de un consiliu, unic, de administrație (*one tier system*)[4]. Regulamentul european este perfect neutru în reglementarea sistemelor de administrare oferind acționarilor facultatea de a alege prin actul constitutiv, sau ulterior, pe calea modificării acestuia, sistemul de administrare pe care îl consideră potrivit.

Statele membre au reglementat deja ambele sisteme de administrare astfel încât asociații sunt familiarizați cu funcționarea lor[5]. Reglementarea alternativă de drept

---

[1] Trimiterea din regulament privește armonizarea condițiilor de înregistrare impusă de art. 3 din Directiva 68/151/CEE, în prezent înlocuită prin Directiva 2009/101/CE de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, în înțelesul art. 48 parag. 2 din tratat, pentru protejarea intereselor asociaților sau terților (JOUE L 258 din 1 octombrie 2009, p. 11).

[2] Directiva invocată este Directiva 2001/86/CE. Aceasta impune încheierea unei înțelegeri în privința aranjamentelor pentru implicarea angajaților în procesul decizional – conform art. 4 din directivă – sau luarea unei decizii – art. 3 alin. (6) din aceeași directivă – sau ca perioada pentru negocieri să fi expirat fără ca o înțelegere să fi fost încheiată.

[3] Sistem cu două trepte, niveluri funcționale. Dreptul intern utilizează sintagma de sistem dualist.

[4] Sistem cu o treapta, nivel. Dreptul intern utilizează sintagma de sistem unitar, monist.

[5] *Ph. Merle*, op. cit., p. 536. Franța, adeptă tradițională a sistemului de administrație cu consiliu de administrație, a reglementat și sistemul de administrare dualist, fără un succes practic prea mare.

european a celor două forme de administrare a societăților își găsește un pandant în reglementările naționale concordante. Libertatea de a alege orice formă de administrare rezultă expres din texul regulamentului și nu poate fi refuzată de un stat național față de caracterul obligatoriu și direct aplicabil al normei juridice europene cuprinse într-un regulament.

Subsecțiunea 1. Organele de administrare

700. Sistemul dualist. Sistemul dualist este asimilat și de dreptul român începând cu anul 2007[1]. În principiu el cunoaște două organe cu atribuții distincte în administrarea societății: *organul de conducere* (directorat în dreptul intern) organul propriu-zis de administrare și *organul de supraveghere*, consiliul de supraveghere, cu atribuții de alegere, îndrumare și supraveghere a primului organism administrativ.

Din punctul de vedere al terților există un singur organ reprezentativ, *organul de conducere*. Acesta este singurul vizibil din exterior, singurul care asigură reprezentarea persoanei juridice și angajează societatea în raporturi juridice. Cel de-al doilea organ, de supraveghere, vizibil doar dinspre acționariat, apare ca o garanție în fața acționarilor și a societății în general în privința respectării legii, a hotărârilor adunărilor generale, dar și a politicilor comerciale, a standardelor profesionale și a tuturor intereselor acționarilor în general.

Distanța care se creează de obicei în societățile mari între proprietate și control, între acționari și gestionarii de fapt ai proprietății, face ca poziționarea unui organ nou, intermediar, între acționari și conducere să apară ca necesară. Supravegherea conducerii de către acționari, față de ritmicitatea redusă a adunărilor, a numărului mare de acționari și frecventarea redusă a adunărilor în persoană de către aceștia, apare ca având o eficiență redusă.

Conducerea SE, atât în privința gestiunii interne cât și a reprezentării față de terți, revine, ca atribuție expresă, statutară, organului de conducere. Membrii săi, ca regulă, vor fi numiți și schimbați de organul de supraveghere – consiliul de supraveghere. Aceasta este arhitectura clasică a acestui sistem de administrare.

Atribuția selecției și înlocuirii membrilor organului de conducere (directorat) este o atribuție importantă a organului de supraveghere. Derivat din construcția acestui sistem de administrare, nici o persoană nu poate fi simultan membru al organului de conducere și al organului de supraveghere al unei SE.

Organul de supraveghere va urmări activitatea organului de conducere fără a putea să i se substituie și să preia în mod direct, să exercite în nume propriu, atribuția de administrare. Deși este un organ de administrare distinct, organul de supraveghere nu are vocația administrării. Competențele sale intrinseci privesc observarea gestiunii și intervenția asupra membrilor organului de conducere, mergând până la revocarea lor, în cazul sesizării unor abateri de natură să aducă atingere funcționării societății. Membrii acestui consiliu vor fi numiți în mod obligatoriu de adunarea generală, respectiv prin actul constitutiv în cazul primului mandat. Relația generală dintre cele două organe de administrare este una de subordonare. Organul de conducere are o

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 171.

obligație de informare completă, de raportare a situației exacte a societății în fața organului de supraveghere. Având în atribuție gestiunea curentă a societății, organul de conducere deține o imagine completă a poziției comerciale și financiare a societății. Acesta are obligația raportării în fața organului de supraveghere a situației activității SE, cel puțin odată la trei luni. Doar în acest mod, organul de supraveghere, organ cu existență fragmentată temporal, poate să realizeze evoluția societății și rezultatele managementului. În afară de această informare regulată, organul de conducere are obligația de a înainta organului de supraveghere orice informație sau date care pot avea un impact important asupra SE.

701. Evaluarea modelului dualist. Una dintre slăbiciunile sistemului dualist este aceea că organul de supraveghere se bazează în cea mai mare parte, în îndeplinirea atribuțiilor sale de supraveghere, pe rapoartele celui supravegheat. Fără informații și analize bazate pe date din surse „neutre", supraveghetorul poate deveni rapid un prizonier al celui supravegheat. Obligațiile de informare trebuie dublate și cu drepturi exprese de „inspecție" nemijlocită învestite în persoana organului de supraveghere pentru a asigura imparțialitatea necesară în îndeplinirea atribuțiilor.

În acest sens organul de supraveghere va putea solicita organului de conducere orice fel de informații necesare pentru exercitarea controlului său; acesta poate întreprinde sau facilita orice investigație necesară realizării prerogativelor sale (art. 41 din Regulamentul nr. 2157/2001). Doar uzarea de aceste atribuții mult mai largi de control, fără a se mulțumi cu digerarea exclusivă a informației filtrată de directori, poate ajuta consiliul de supraveghere să-și îndeplinească cu adevărat mandatul încredințat de adunarea generală.

702. Sistemul unitar. Dacă consiliul de supraveghere lipsește, societatea cunoaște un singur *organ de administrare*, în subordinea căruia se află nivelul executiv sau managerial al societății. Acest organ de administrare va conduce, în sens larg, SE. Atât gestiunea curentă cât și dreptul general de reprezentare în fața terților va ființa în acest consiliu de administrație. Dacă există competențe de gestionare învestite și în alte persoane, acestea le-au dobândit în principiu prin delegare de la consiliul de administrație, nu în temeiul unei reglementări legale exprese. În baza principiului simetriei astfel de delegări pot fi revocate oricând de consiliul care le-a încuviințat. Direcția, supravegherea și controlul acestor activități delegate revin de drept administratorilor, în lipsa unor limitări statutare.

Adunarea generală rămâne organul suveran, astfel încât limitări ale puterilor administratorilor, prin rezervarea expresă, pentru acționari, a unor atribuții, este legal posibilă. Statele membre pot prevedea normativ, în mod explicit, că unul/mai mulți directori vor fi responsabili de activitatea zilnică a SE în aceleași condiții ca în cazul societăților de tip societăți pe acțiuni.

Atribuția alegerii membrilor administratori revine organului de la care emană întreaga voință socială: adunarea generală a acționarilor. Componența primului consiliu va fi stabilită prin actul constitutiv al SE. Ritmicitatea deliberărilor consiliului de administrație este lăsată la latitudinea acestuia, în funcție de necesități, termenul legal de întrunire fiind foarte relaxat: se va întruni cel puțin odată la trei luni pentru a discuta

activitatea SE. Deliberarea este una colegială astfel încât fiecare membru al consiliului este îndreptățit să examineze toate informațiile de care consiliul dispune (art. 44 din Regulamentul nr. 2157/2001). Consiliul va alege un președinte dintre membrii săi, în persoana căruia este concentrată de obicei puterea de reprezentare a societății.

703. Reguli comune. Dincolo de regimul diferit și de particularitățile relevate, organele de administrare cunosc și reguli comune[1]. În general regulile care privesc consiliul de administrație se aplică și în privința consiliului de supraveghere din sistemul *two tier*. *Mutatis mutandis* acestea pot privi și pe membrii consiliului director. Mandatul membrilor organelor de administrare este determinat statutar fără să poată depăși șase ani. Membrii, în lipsă de dispoziție contrară, se pot bucura de unul mai multe mandate (art. 46 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Actele constitutive ale SE pot dispune că și o persoană juridică poate să fie membru al unui organ statutar sub condiția reglementării acestei situații de către legea națională aplicabilă în privința societăților naționale de tip societăți pe acțiuni. În acest caz persoana juridică aleasă ca administrator va nominaliza o persoană fizică pentru exercitarea atribuțiilor de membru în consiliul de administrație.

Nici o persoană nu va putea lua parte într-un organ de administrare SE dacă este nedemnă în condițiile legii naționale incidente să ocupe o poziție similară într-o societate de tip societate pe acțiuni. Nedemnitățile însoțesc persoana din dreptul național în cel european. Cine este oprit de dreptul sau jurisdicția unui stat a sta într-un consiliu național nu poate fi demn să facă acest lucru într-o SE. Nedemnitățile nu sunt proprii dreptului european, ci sunt observate din dreptul național.

Regulamentul european garantează drepturile, recunoscute de dispoziții din legea națională, care permit acționarilor minoritari sau altor persoane, precum salariații, sau autorități să numească anumiți membri în consiliile societății (art. 47 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Limitările vizând persoana administratorilor pot fi însoțite și de limitări în privința atribuțiilor administratorilor. Fiind reprezentanți ai acționarilor, administratorii pot primi un drept de administrare și gestiune general sau acționarii își pot rezerva anumite atribuții exclusiv pentru ei, pentru salvgardarea drepturilor proprii. Astfel, de limitări ale mandatului membrilor organelor de administrare pot fi legale sau statutare.

Regulamentul european dispune că actele SE vor prevedea categoriile de tranzacții care necesită autorizarea organului de conducere de către organul de supraveghere, în sistemul dualist, sau o hotărâre explicită a organului administrativ sau de deliberare în sistemul monist (art. 48 din Regulamentul nr. 2157/2001).

704. Statutul reprezentanților. Alături de competențele arătate, regulamentul european legiferează și principalele obligații ale membrilor organelor de administrare. Acestea decurg din calitatea lor de gestionari ai bunurilor altora, din controlul lor asupra unor proprietăți care nu le aparțin[2]. Textul european adaugă și o *obligație de confidențialitate* a administratorilor din necesitatea protejării intereselor societății față

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 175.

[2] Această relație este de obicei acoperită în dreptul anglo-saxon de construcția *„fiduciary duty"*.

de divulgarea datelor comerciale nesupuse diseminării publice. Membrii unui organ SE rămân obligați și după încetarea mandatului lor să nu divulge informații deținute privind societatea, informații care pot prejudicia interesele acesteia – cu excepția cazurilor când asemenea divulgări sunt obligatorii sau permise prin legea aplicabilă societăților pe acțiuni sau când sunt în interesul publicului (art. 49 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Mandatul administratorilor are o dimensiune legală și o dimensiune contractuală, rezultată din efectele și limitele stabilite de adunarea generală a acționarilor și de actul constitutiv.

Organele de administrare sunt organe colegiale. Procesul decizional se desfășoară în condiții prestabilite legal și statutar pentru a genera o deliberare validă din punct de vedere statutar. Când nu este prevăzut altfel în regulamentul european sau în actele constitutive proprii, deciziile în organele SE se iau astfel: cvorum, minim jumătate din membri trebuie să fie prezenți sau reprezentați; aprobare, cu votul majorității membrilor prezenți sau reprezentați (art. 50 din Regulamentul nr. 2157/2001). Dacă actul constitutiv nu prevede altfel președintele fiecărui organ va avea vot decisiv în caz de egalitate.

Răspunderea administratorilor poate fi angajată față de societate pentru daune suferite de aceasta rezultate din încălcarea de către administratori a obligațiilor lor legale, statutare sau decurgând din regulile aplicabile ale mandatului. Textul european subliniază răspunderea față de societate, față de acționari priviți ca un tot. Răspunderea față de acționari, priviți individual, nu este reglementată. Regulamentul european trimite în privința răspunderii administratorilor tot la dreptul național aplicabil societăților de tip societăți pe acțiuni (art. 51 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Subsecțiunea a 2-a. Adunările generale

705. Introducere. Organul decizional al SE este adunarea generală a acționarilor. Abordarea europeană este mai puțin transparentă în privința plenitudinii de competență a adunării generale. Regulamentul european ține să traseze competența adunărilor prin delimitarea unui contur mai sinuos: adunările generale pot decide asupra problemelor asupra cărora primesc competența exclusivă prin regulament, prin legislația statului membru în care SE este înregistrată, aplicabilă societăților de tip societăți pe acțiuni și prin dispozițiile statutare conforme legii.

Constituirea, funcționarea și procedura de vot incidentă sunt cele reglementate sau, în tăcerea regulamentului european, cele specifice societăților de tip societăți pe acțiuni din legislația națională a locului de sediu. În principiu izvorul european rezolvă însă cerințele privind convocarea și desfășurarea adunărilor generale. Uniformizarea regulilor naționale privind societatea pe acțiuni asigură și ea o unitate de reglementare în domeniu.

706. Convocarea și constituirea adunării. Adunările generale au o ritmicitate impusă de nevoile proprii, dar și un calendar minimal prevăzut de regulament. O SE va ține o adunare generală cel puțin o dată pe an, în șase luni de la sfârșitul exercițiului

financiar anual, dacă nu cumva legea națională impune o ritmicitate mai ridicată a adunărilor (art. 54 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Adunarea generală poate fi convocată oricând de organul de conducere, de supraveghere sau de administrare, după tipul de organizare a SE (monist sau dualist). Regula este că convocarea adunării este atributul administratorilor, fără a ştirbi inițiativa colectivă a acționarilor. Unul sau mai mulți acționari care împreună dețin cel puțin 10% din capitalul social subscris al unei SE (legea statelor membre poate prevedea un procent mai mic) pot solicita societății să convoace adunarea generală şi să întocmească ordinea de zi în conformitate cu cererea lor. Refuzul convocării adunării solicitate în termen rezonabil, dar nu mai mult de două luni, trebuie să deschidă acționarului calea spre o procedură judiciară. Autoritatea judiciară sau administrativă care are jurisdicție în locul sediului SE va putea ordona convocarea adunării sau îi va putea autoriza pe acționarii care au solicitat aceasta, sau pe reprezentanții lor, să convoace adunarea generală în condițiile cerute (art. 55 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Dreptul de convocare al acționarilor este însoțit, în aceleaşi condiții, de dreptul de a introduce puncte noi pe ordinea de zi a oricăror adunări generale convocate, cu respectarea procedurilor şi termenelor instituite de dreptul național sau de actele constitutive ale societății.

Ceea ce ocoleşte, voit, regulamentul european, sunt condițiile de cvorum pentru constituirea adunării. În mod indirect, se afirmă că în cazul în care mai puțin de jumătate din capitalul subscris al unei SE este reprezentat în adunarea generală cerința de adoptare poate fi una mai scăzută [art. 59 alin. (2) Regulamentul nr. 2157/2001]. În acest mod condițiile de prezență sunt lăsate la latitudinea legislațiilor naționale.

707. Deliberarea. Procesul decizional al acestor societăți se realizează pe baza *principiului majorității* raportat la voturile valide exprimate în adunarea generală. Abaterile de la această regulă, constând în majorități calificate, își pot avea izvorul juridic în regulamentul european sau în legea națională aplicabilă societăților de tip societăți pe acțiuni a locului de înregistrare a SE.

Regulamentul european ține să stabilească în mod clar modul de calcul al majorităților de adoptare a hotărârilor adunărilor generale: voturile exprimate, față de care se calculează majoritatea de adoptare, nu vor include voturile aferente acțiunilor cu care acționarul nu a luat parte la vot, s-a abținut sau a returnat un buletin alb sau distrus (art. 58 din Regulamentul nr. 2157/2001). Reglementarea este importantă pentru a tranşa o dispută de drept comercial veche: dacă majoritățile de adoptare se raportează la toate voturile disponibile în adunare sau doar la cele exprimate în mod expres pro sau contra moțiunii de adoptat.

Secțiunea a 4-a. Modificarea actului constitutiv

708. Condiții. Modificarea actului constitutiv al unei SE necesită o *majoritate calificată* de adoptare a hotărârii aferente. Reglementarea, în spiritul dezvoltat de directivele de drept societar, nu impune neapărat o dublă condiție, de cvorum şi de

adoptare. În termenii largi ai reglementării, o hotărâre poate fi adoptată indiferent de capitalul reprezentat, de drepturile de vot reprezentate în adunare, cu majoritate calificată. Astfel, amendarea actului constitutiv al unei SE necesită o hotărâre a adunării generale luată de o majoritate care nu poate fi mai mică de 2/3 din voturile exprimate, dacă legea societăților de tip societăți pe acțiuni aplicabilă în statul membru de la sediul SE nu impune majorități sporite.

Condițiile de cvorum privind validitatea deliberării au însă o mare răspândire în sistemele de drept naționale. Această realitate este reținută și de reglementarea europeană. Dacă un stat membru impune normativ o condiție de cvorum, deliberarea va fi validă cu o majoritate simplă de voturi raportată la voturile exprimate în adunare.

Publicitatea amendamentelor la actele constitutive se va face simetric cu condițiile cerute pentru publicitatea actului constitutiv însuși.

709. Schimbarea sediului. Dintre modificările de acte constitutive, una reține în mod aparte atenția legiuitorului european: *schimbarea transfrontalieră* a sediului social, dintr-un stat membru în altul. Tratarea acestei modificări este una completă, față de implicațiile transnaționale pe care le are. Activând în dreptul european, vocația societății de a transfera sediul în interiorul Uniunii, între două state membre, trebuie subînțeleasă. Prin arhitectura sa, sediul social al unei SE va fi situat în Uniune, sub condiția ca în același stat să se afle și sediul social și centrul său administrativ. Transferarea transfrontalieră a sediului social nu atrage dizolvarea societății sau crearea unei noi persoane juridice în jurisdicția statului de destinație. Spre deosebire de restul modificărilor de acte constitutive transferarea transfrontalieră a sediului impune o procedură specială, apropiată mai degrabă de procedurile din materia fuziunilor decât de modificările tipice de acte constitutive.

Procedura. Organele administrative vor întocmi o *propunere de transfer* căreia i se va face publicitate în condițiile impuse pentru actul constitutiv în sine. Propunerea va cuprinde toate informațiile relevante specifice operațiunii: atributele de identificare curente (denumirea curentă, sediul înregistrat și numărul de înregistrare) împreună cu datele de transferare nou propuse: sediul propus; propunerea de amendament, împreună cu noua denumire dacă se schimbă și aceasta; orice efect relevant al transferului asupra problematicii implicării angajaților în procesul decizional sub noul regim național; desfășurarea efectivă a operațiunii de transfer; orice remediu oferit pentru protecția acționarilor și creditorilor [art. 8 alin. (2) Regulamentul nr. 2157/2001].

Aceleași organe administrative vor întocmi și un raport pentru justificarea transferului și informarea completă în privința modului cum sunt afectate drepturile acționarilor, angajaților și creditorilor. Acționarii SE, ca și creditorii acesteia, vor fi îndreptățiți să examineze propunerea de transfer și raportul administratorilor cu cel puțin o lună înainte de adunarea generală în drept să delibereze asupra operațiunii, la sediul social.

După faza de întocmire a propunerilor urmează o fază de publicitate cu o întindere rezonabilă, nu mai mică de două luni, faze care preced în mod obligatoriu deliberarea adunării generale și hotărârea acționarilor. Legea națională a țării în care este amplasat sediul social al SE va prevedea că instanța, notarul sau altă autoritate competentă va emite un certificat care să ateste completarea actelor și formalităților necesare înainte de transfer.

B.C.U. „M. EMINESCU" IAȘI

Transferul sediului unei SE va fi efectiv şi va produce efecte juridice de la data înregistrării societății în registrul de publicitate organizat sub legea statului membru de destinație. Până la producerea acestor efecte terții se vor sprijini în continuare pe recunoaşterea sediului vechi, până la publicitatea legală a celui nou. De la această publicare însă, terților le este opozabil noul sediu al societății.

Autoritățile statului membru de origine au un drept limitat de a se opune transferării sediului social pe calea unei opoziții întemeiată pe motive de interes public şi supusă cenzurii judiciare.

Regulamentul european caută să soluționeze eventualele conflicte de legi naționale care se pot naşte odată cu schimbarea sediului şi implicit al forului şi legii naționale aplicabile. Astfel, procedurile speciale de dizolvare, lichidare, insolvență, încetare de plăți ori altele similare exercitate împotriva SE împiedică transferarea sediului său în alt stat membru. Altă normă europeană privind conflictul de legi impune ca toate raporturile juridice născute sub jurisdicția sediului vechi să rămână în competența acesteia, respectiv față de raporturile juridice născute anterior transferului, SE va fi considerată în continuare ca având sediul în statul membru în care societatea a avut sediul anterior transferului, chiar dacă litigiul judiciar este inițiat după transferarea sediului în alt stat (art. 8 din Regulamentul nr. 2157/2001).

710. Transformarea SE în societate națională. Un caz aparte de modificare a actului constitutiv este *conversia unei SE* într-o societate națională de tip societate pe acțiuni. Este operațiunea inversă, de evadare din domeniul european şi revenire în domeniul strict al dreptului național a SE. Transformarea aceasta reprezintă însă mai mult decât o schimbare de act constitutiv. Din punctul de vedere al construcției comunitare este o extincție, este un sfârşit al existenței. Personalitatea juridică în sine a societății nu este atinsă. Ea va continua să fiinteze în noua formă. Din punctul de vedere al SE însă aceasta îşi pierde esența fiind de fapt o modalitate de încetare a SE.

Secțiunea a 5-a. Încetarea societății europene. Dizolvare, lichidare, insolvență şi încetare de plăți

711. Preambul. Procedurile speciale aplicabile societăților în dificultate în dreptul național privesc şi SE. În privința acestor proceduri sunt aplicabile dispozițiile dreptului național al sediului social aplicabile societăților de tip societăți pe acțiuni, inclusiv normele privind adoptarea hotărârilor relevante în materie în adunarea generală. În aceste domenii SE nu cunosc un regim special. Dreptul național le guvernează în mod complet.

Încetarea SE cunoaşte şi cauze specifice, independente de dificultățile economice sau voința acționarilor. Regulamentul european se ocupă de încetarea SE de tip sancțiune. Încălcarea normei europene care impune stabilirea centrului administrativ şi a sediului social în acelaşi stat va atrage dizolvarea şi lichidarea SE. Anterior acestei sancțiuni, statul membru în care SE este înregistrată va lua măsuri pentru a obliga societatea să-şi regularizeze funcționarea, respectiv să restabilească centrul administrativ pe teritoriul său sau să-şi transfere sediul social urmând procedurile instituite de regulament. Societatea va dispune de un interval de timp rezonabil, specificat, pentru a îndeplini regularizarea impusă. Statul în care SE îşi are centrul

administrativ va informa statul sediului social de înregistrare despre acest fapt în vederea aplicării procedurilor de regularizare.

Operațiunile de încetare aplicabile SE atrag în mod obligatoriu incidența regimului de publicitate impus de regulamentul european.

712. Conversia SE. Un caz aparte de încetare a SE, fără extincția persoanei juridice, este revenirea la forma națională a societății de tip societate pe acțiuni. Este în fapt o transformare a SE, prin simetrie cu dobândirea acestui statut, o transformare de act constitutiv care nu atrage încetarea societății, ci doar a dimensiunii europene.

Transformarea unei SE într-o societate de tip societate pe acțiuni guvernată de legea națională a unui stat membru în care aceasta este înregistrată nu va fi posibilă înainte de doi ani de la înregistrarea (nașterea) SE sau înainte de aprobarea primelor două seturi de situații anuale. Ca orice transformare societară, nici această reconversie nu atrage dizolvarea sau crearea unei noi persoane de drept. Transformarea va urma în esență aceeași procedură cu cea a creării SE, prin simetrie cu pasul inițial făcut din perimetrul național în cel european. Administratorii vor întocmi un *proiect de transformare*, făcut public în modul instituit de directiva europeană în domeniu, cu justificarea economică și juridică a operațiunii cât și cu implicațiile acesteia asupra drepturilor și intereselor acționarilor, angajaților și creditorilor.

Înaintea adoptării hotărârii de transformare prin deliberarea adunării generale, unul sau mai mulți experți vor certifica că societatea deține active cel puțin la nivelul valoric al capitalul său social.

Adunarea generală va aproba proiectul de conversie și actul constitutiv al societății de tip societate pe acțiuni (art. 66 din Regulamentul nr. 2157/2001).

Secțiunea a 6-a. Societas Europaea de origine română

713. Izvoare normative de drept național. Urmând cerințele regulamentului european legiuitorul român a legiferat un titlu distinct, privind societatea europeană, în interiorul izvorului normativ intern principal, Legea societăților[1].

Textul român nu face decât să întărească primatul izvorului european căruia i se recunoaște forța deplină de aplicare internă: societățile europene cu sediul în țară se supun Regulamentului CE nr. 2157/2001 privind statutul societății europene, precum și normelor din legea română a societăților, în măsura compatibilității lor cu dispozițiile regulamentului european (art. 270^{2a} LS).

Normele române consfințesc nașterea unei SE în interiorul jurisdicției de drept românesc (de la înmatriculare în registrul intern al comerțului), reiau cerințele europene de publicitate (Oficiul Național al Registrului Comerțului va comunica Jurnalului Oficial al Uniunii Europene un anunț privind înmatricularea societății europene în forma impusă de izvorul european) și se ocupă în cea mai mare parte de o problemă sensibilă din materia societății europene (și din tot dreptul european secundar aplicabil întreprinderilor): mutarea (transferul) transfrontalier al sediului social. Acesta a fost unul din punctele importante în care consensul european a fost atins foarte greu în

[1] Prin O.U.G. nr. 52/2008 a fost introdus în Legea nr. 31/1990 Titlul nr. VII[1], cu numele de Societatea europeană, cuprinzând un număr de cinci articole numerotate de la art. 270^{2a} la 270^{2e}.

domeniul societăților, în primul rând din cauza suspiciunilor de „concurență" între jurisdicții, de migrare masivă a societăților spre jurisdicțiile cu regimuri mai permisive din punct de vedere fiscal sau administrativ.

Dreptul român permite în mod explicit transferarea sediului societății în alt stat membru. Posibilitatea mutării sediului este dublată de garanții legale constituite în favoarea creditorilor și a acționarilor societății. În folosul ambelor categorii de persoane interesate este introdusă o formă de publicitate suplimentară: întocmirea și publicarea în Monitorul Oficial a unui *proiect de transfer*, vizat de judecătorul delegat, anterior ședinței adunării generale extraordinare a acționarilor. Satisfacția dată creditorilor sociali îmbracă forma procedurală a *opoziției* care suspendă operațiunea de transfer până la data soluționării definitive a căii de atac sau până când societatea stinge datoria sau obține acordul creditorilor, prin acordarea de garanții acceptate sau alt tip de înțelegeri, pentru continuarea operațiunii.

Satisfacția dată acționarilor societății se traduce în reglementarea *dreptului de retragere* din societate a acționarilor care nu au votat în favoarea hotărârii adunării generale de transfer al sediului și își exprimă această facultate, prin declarație de retragere, în termen de 30 de zile de la data acelei adunări generale. Exprimarea patrimonială a acestui drept este încredințată unui expert autorizat independent ținut să utilizeze cel puțin două metode de evaluare recunoscute normativ. Operațiunea de transfer se încheie odată cu încheierea judecătorului delegat de certificare a legalității operațiunii și de radiere din oficiului registrului comerțului a societății transferate, împreună publicarea unui anunț în acest sens în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

Secțiunea a 7-a. Participarea salariaților

714. Dimensiunea socială a entității economice. Normele europene au ridicat la nivel de principiu latura socială a entităților comerciale și implicarea în administrarea societăților (nu în conducerea curentă) a salariaților acestora[1].

Din punctul de vedere al dreptului român era de rezolvat admisibilitatea prezenței salariaților ca membri în organele administrative. Legea societară interzice cumulul mandatului de administrator (și de director sau membru al consiliului de supraveghere sau al directoratului) cu calitatea de salariat. Interdicția nu este însă una de tip obstacol, respectiv conferirea unui mandat de tipul celor indicate nu este prohibită pentru persoana salariaților, ci atrage doar suspendarea efectelor contractului de muncă. Incompatibilitatea este astfel rezolvată. Această abordare este în logica reglementării societare, pentru a asigura administratorilor o poziție independentă față de persoana juridică pe care o gestionează pe baze contractuale și legale. Relațiile dintre administrator și societate exclud relațiile de tipul prepus-comitent. Interdicția legală este de fapt o incompatibilitate temporară, pe durata mandatului conferit. Cadrul normativ european depășește afirmarea unei simple aptitudini a salariaților de a accede în

[1] Directiva 2002/14/CE de stabilire a unui cadru general de informare și consultare a salariaților din Comunitatea Europeană (JOCE L 80 din 23 martie 2002) și Directiva 2001/86/CE de completare a statutului societății europene în ceea ce privește implicarea lucrătorilor (JOCE L 294 din 10 noiembrie 2001).

organele de administrare. Componenta socială a întreprinderii este mult accentuată[1]. Aceasta trăsătură derivă din politica socială adoptată la nivel european prin Tratatul Uniunii, din Carta Drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene adoptată de țările membre[2]. Obiectivul major declarat constă în promovarea dialogului dintre conducere și angajați[3].

715. Modalități de participare a salariaților. Dreptul european dezvoltă normativ modalitatea de constituire a organismului special de negociere al salariaților cu conducerea centrală a entității, constituirea comitetului european de muncă sau a altor proceduri de informare și consultare (art. 5 și 6 din Directiva 2009/38/CE). Cadrul de informare și negociere al salariaților a fost lărgit prin edictarea Directivei 2002/14/CE, de stabilire a unui cadru general de informare și consultare a salariaților și a Directivei 2001/86/CE de completare a statutului societății europene în ceea ce privește implicarea lucrătorilor. Scopul final al normelor este realizarea pe baze procedurale clare, convenite de părți, a dialogului social conducere-angajați, de a realiza informarea și consultarea, într-un cadru organizat, a salariaților de către conducerea centrală.

Drepturile de consultare și informare sunt prezente în legislația românească din domeniul dreptului muncii, dar și în norme speciale. Codul Muncii prevede comunicarea periodică a situației economice a societății, respectiv obligația de consultare a sindicatelor sau a reprezentanților salariaților în privința deciziilor susceptibile să le afecteze drepturile[4].

Obiectivul a fost atins prin promulgarea legii privind constituirea, organizarea și funcționarea comitetului european de întreprindere, lege care a intrat în vigoare la data aderării României la Uniunea Europeană[5]. Problematica informării și consultării salariaților, dar și a implicării lor în conducerea SE este reluată în dreptul intern printr-o lege separată[6]. Legea transpune în dreptul intern Directiva privind informarea salariaților din anul 2002. Particularizarea situației salariaților în cadrul SE (care face obiectul Directivei nr. 2001/86/CE) este retrogradată la rangul de act administrativ normativ (hotărâre de guvern) de aplicare a acestei legi speciale de informare[7].

---

[1] Directiva 2001/86/CE care reglementează societatea europeană (SE) în privința implicării salariaților în societate.

[2] Art. 27 din Capitolul IV (*Solidaritatea*) din Carta privind drepturile fundamentale prevede faptul că informarea, consultarea și participarea angajaților unei întreprinderi va fi garantată, cu observarea legii naționale. În același sens este și pct. 17 din Carta europeană privind drepturile sociale fundamentale ale lucrătorilor.

[3] Directiva 2009/38/CE (JOUE L 122/28 din 16 mai 2009) privind instituirea unui comitet european de întreprindere sau a unei proceduri de informare și consultare a lucrătorilor în întreprinderile și grupurile de întreprinderi de dimensiune comunitară care a reformulate și abrogate Directiva 94/45/CE.

[4] Art. 40 alin. (2) lit. d) și e) din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, republicat și modificat.

[5] Legea nr. 217/2005, publicată în M.Of. nr. 628 din 19 iulie 2005 și republicată în M.Of. nr. 250 din 13 aprilie 2007. Aceasta transpune actele europene în domeniu.

[6] Legea nr. 467/2006 privind stabilirea cadrului general de informare și consultare a angajaților.

[7] H.G. nr. 187/2007 privind procedurile de informare, consultare și alte modalități de implicare a angajaților în activitatea societății europene (M.Of. nr. 161 din 7 martie 2007).

716. Participarea salariaților la SE. În cazul SE anvergura europeană este intrinsecă creației de drept european reprezentată de acest tip de societate.

Implicarea salariaților în activitatea SE, subiectul care a blocat o perioadă lungă de timp legiferarea acestei societăți este concepută la nivel european dintr-o perspectivă mai largă, și instituționalizată, față de un simplu drept de informare și consultare. Drepturile reglementate ale angajaților transcend deci simpla obligație de informare și consultare, vizând aranjamente liber consimțite de părți care să promoveze mai avansat implicarea angajaților în societate. Accesul angajaților la organele sociale ale SE este de cele mai multe ori deschis pe calea implementării acestor norme europene. Mecanismul de implicare căutat de textele europene este înțeles ca un mecanism de informare, de consultare sau de participare, prin recunoașterea dreptului salariaților de a alege sau numi membri ai organelor administrative sau de supervizare a societății, sau dreptul de a recomanda sau de a se opune numirii unora sau tuturor membrilor organelor reprezentative ale societății[1]. Este definit organismul special de negociere al salariaților, conținutul contractului negociat cu reprezentanții societăților participante precum și regulile standard pentru constituirea organismului reprezentativ, regulile pentru informare și consultare precum și regulile pentru participare la acest organism.

Regulile privind participarea directă a salariaților la luarea deciziilor sunt cele mai relevante pentru domeniul societar[2]. Acestea prevăd faptul că, dacă SE a luat naștere prin transformare, iar statul membru prevedea dispoziții aplicabile materiei, acestea vor continua să se aplice și după transformarea societății în SE. În cazul formării SE din societăți participante, drepturile salariaților în privința alegerii, numirii, recomandării sau opunerii la numirea unor membri ai organelor administrative ale SE, vor fi recunoscute la nivelul cel mai ridicat dintre cele recunoscute pentru societățile participante implicate în formarea SE. Dacă pentru nici o societate participantă nu funcționau în dreptul național reguli de participare, această prerogativă a salariaților nu va fi obligatorie nici pentru societatea europeană formată.

Organul reprezentativ al societății va decide alocarea mandatelor administrative către membrii reprezentanți ai salariaților din diferite state proporțional cu numărul salariaților în fiecare stat membru. Fiecare membru al consiliului de administrație sau consiliul de supraveghere al SE numit sau ales în conformitate cu procedurile de participare a salariaților la luarea deciziilor în societate va avea aceleași drepturi și obligații ca și membrii reprezentând acționarii, inclusiv drept de vot.

717. Izvoare normative de drept național. Problematica informării și consultării salariaților, dar și a implicării lor în conducerea societății europene este reluată în dreptul intern printr-o lege separată[3]. Legea translatează în dreptul intern Directiva privind informarea salariaților din anul 2002, completând în fapt normele sumare din Codul Muncii privind aceste drepturi.

---

[1] Art. 2 lit. i)-k) din Directiva 2001/86/CE din 8 octombrie 2001. Toate modalitățile de implicare sunt definite expres de directivă.

[2] Anexa, partea nr. 3, Directiva 2001/86/CE.

[3] Legea nr. 467/2006 privind stabilirea cadrului general de informare și consultare a angajaților (M.Of. nr. 1006 din 18 decembrie 2006). Legea preia fidel Directiva 2002/14/CE.

Particularizarea situației salariaților în cadrul societății europene (care face obiectul Directivei nr. 2001/86/CE) este retrogradată la rangul de normă administrativă (hotărâre de guvern) de aplicare a acestei legi speciale de informare[1].

Implicarea salariaților în activitatea societăților europene – subiectul care a blocat o perioadă lungă de timp legiferarea unei societăți europene și nu a fost depășit niciodată în privința proiectului de directivă privind administrarea societăților comerciale naționale – este concepută la nivel european dintr-o perspectivă mai largă, și instituționalizată, față de un simplu drept de informare și consultare. Din această perspectivă – a depășirii cadrului legii pe care ar trebui să o aplice – implementarea acestei problematici în dreptul intern pe calea unei hotărâri de guvern nu este deloc inspirată.

Directiva europeană se referă la „participarea salariaților" din perspectiva influențării deciziilor strategice ale societății, nu doar în sensul satisfacerii drepturilor de informare și consultare. Ținta declarată este aceea a cooptării reprezentanților salariaților în organele de conducere ale societății.

De altfel finalitatea textului european este atinsă în trei ipostaze: participarea directă a salariaților în organele instituționalizate ale SE (consiliu de administrație sau consiliu de supraveghere); instituirea unui organ de reprezentare separat, al salariaților; proiectarea și convenirea unui alt model echivalent de consultare între organele de conducere ale societății europene și salariați[2].

Succesul acestui demers de „participare al salariaților" este obligatoriu fiindcă formarea societății europene este condiționată de această soluționare. Dreptul român alege să soluționeze participarea salariaților la societatea europeană formată în jurisdicția sa prin instituirea organului de reprezentare a salariaților[3].

Obligativitatea de drept național a încheierii unui acord privind „participarea salariaților", în forma edictată de hotărârea de guvern citată, își are izvorul normativ în reglementarea generală a societăților[4].

Participarea salariaților în societățile de drept european rămâne un subiect sensibil al reglementării de drept societar.

Secțiunea a 8-a. Locul SE în materia societară

718. Prototip societar. Nici SE nu are un loc explicit în rândul speciilor de societăți recunoscute de dreptul comun intern (art. 1888 C.civ.). Pentru această întreprindere genul proxim al societății pe acțiuni este declarat de legiuitorul european. Locul său în materia societară este asigurat și prin reglementarea specială internă a SE de drept român. Arhitectura societății nu este, și nu și-a propus să fie, una revoluționară. SE este rezultatul unui proces caracterizat prin „sincretism" societar. Șablonul societar european se bazează pe existența, într-o formă cvasi-echivalentă, a societății de tip societate pe acțiuni în toate țările europene. Această formă societară a probat vocația sa de a suporta cel mai ușor activități economice extinse, de mare anvergură și

[1] H.G. nr. 187/2007 privind procedurile de informare, consultare și alte modalități de implicare a angajaților în activitatea societății europene (M.Of. nr. 161 din 7 martie 2007).

[2] Art. 7 din Directiva 2001/86/CEE.

[3] Art. 12 din H.G. nr. 187/2007. De fapt actul normativ preia în integralitate directiva transpusă.

[4] Art. 270^{2b} alin. (2) LS.

concentrare de capital. Caracterul „anonim" imprimat acestei societăți de calitatea de valori mobiliare, transferabile prin definiție, a titlurilor de participare ca și consacrarea răspunderii proprii a societății, persoană juridică, pentru obligațiile asumate, cu patrimoniul său, recomandă în mod categoric această societate ca cea mai potrivită formă de desfășurare transfrontalieră a activităților economice de anvergură.

Grija legiuitorului european ca transplantul său juridic să nu sufere nicăieri un proces de respingere l-a făcut pe acesta să reglementeze în mod alternativ problema cea mai sensibilă a SE (alături de participarea salariaților): *sistemul de administrare*. Atât sistemul cu consiliu de supraveghere și consiliu director cât și cel alternativ, cu consiliu unic de administrație își găsesc deplină consacrare și disponibilitate de implementare în SE.

Evaluarea șablonului societar european poate fi raportată la un nivel superior, al organizării și funcționării organismelor societare. Factorii de decizie ai unei societăți, în general, sunt reprezentați de organul deliberativ (adunarea generală a acționarilor), organul de administrare (supraveghere, reprezentare, gestiune generală) și funcțiile executive înalte (gestiunea curentă).

Poate surprinde relevarea unui nivel de competență de obicei ignorat: funcțiile executive înalte. Acest nivel are o reglementare statutară neregulată și nu funcționează de regulă ca un organ instituționalizat al societății. Este un nivel subordonat nivelului administrativ (în funcție de tipul de administrare a societății). Acest nivel are însă gestiunea curentă a societății, singurul care funcționează continuu și neîntrerupt, față de periodicitatea intrinsecă organelor colegiale.

Structura SE se înscrie în abordarea europeană și a codurilor de guvernanță corporativă care subliniază primatul deținătorilor titlurilor de proprietate, drepturile și rolul acționarilor, constituiți în adunarea generală.

În considerarea rolului subordonat al organismului de gestiune, în calitate de executant al unui mandat încredințat de acționari, adunărilor acționarilor le este impusă o ritmicitate minimă (măcar anuală), pentru primirea raportului de gestiune și alegerea sau schimbarea administratorilor, aprobarea situațiilor financiare.

Membrii organului de gestiune sunt ținuți responsabili față de societate – față de acționarii constituiți în adunarea generală în fapt – pentru actele și faptele lor săvârșite în această calitate sau orice încălcare a obligațiilor statutare și legale decurgând din această calitate.

Ritmicitatea adunărilor generale, răspunderea membrilor organului de gestiune în fața societății, asumarea expresă a atribuțiilor principale care țin de evenimentele extraordinare și situațiile care transcend comerțului obișnuit sunt caracterele de bază ale SE, așa cum se regăsesc ele în legislațiile naționale aplicabile societăților de tip societăți pe acțiuni.

În această viziune societară funcțiile executive înalte nu-și găsesc un loc statutar[1]. Aparenta lipsă de competențe le ține ascunse în spatele cele două instituții societare: legislativul și executivul societății, adunarea generală și organul/organele administrative.

[1] A se vedea *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit., Capitolul IV privind Societas Europaea.

Capitolul III
Societatea cooperativă

Secțiunea 1. Izvoarele cooperației

719. Principiile organizării cooperatiste. Formele cooperatiste de organizare economică au tradiție îndelungată în dreptul intern și internațional. Contrar unei percepții superficiale, cooperația nu a fost o invenție comunistă și nu a fost sortită dispariției odată cu sucombarea acestui regim politic. În fapt istoria cooperației este mult mai veche și cunoaște atât abordări utopice[1] cât și sedimentări conceptuale trainice, cu puterea unor adevărate comandamente[2]. Principiile cooperației au fost identificate ca fiind aderarea liberă și voluntară, controlul democratic al membrilor (o persoană un vot), participarea democratică la rezultatele economice, autonomie și independență, educație, perfecționare și informare, cooperare între cooperative și implicarea în comunitate[3].

720. Dezvoltare istorică internă. Organizarea cooperatistă are o aderență veche și în țările române. *Codul Comercial*, abrogat, aloca în forma sa inițială un loc bine definit, Titlul VIII, Secțiunea VII, organizării și funcționării societăților cooperatiste. Cu privire la formalitățile de constituire, se menținea aceeași procedură birocratică ca la societățile pe acțiuni (anonime): autentificarea actului constitutiv și a statutului, avizarea de către Camera de Comerț, autorizarea de către tribunale, îndeplinirea formalității de publicare a statutelor și actelor constitutive în Monitorul Oficial. De asemenea, se menținеau în aceeași formă ca la celelalte societăți dispozițiile privind adunările generale, bilanțul, cenzorii sau lichidarea societăților cooperative. Aceste prevederi legale au făcut ca înființarea și funcționarea cooperativelor să necesite resurse umane și materiale de care în general destinatarii cooperației sunt lipsiți. Reglementările Codului Comercial nu au fost benefice pentru dezvoltarea mișcării cooperatiste. Apropierea prea mare a cooperației de zona comercială anula avantajele și atenta la principiile cooperației. Cooperația a cunoscut numeroase reglementari speciale, precum *Legea băncilor populare sătești și a Casei lor centrale* (1903) sau

---

[1] Socialismul utopic a investit mult în proiectarea unei societăți bazate pe principii democratice incidente în mediul economic, nu numai în cel politic. *François Marie Charles Fourier* este cunoscut pentru teoretizarea falansterului, o formă de organizare socială bazată pe proprietate comună, egalitate și într-ajutorare. Ideile sale au fost urmate de comunități americane precum Utopia, Ohio sau La Reunion, Dallas, Texas și NAF (the North American Phalanx) Red Bank, New Jersey etc. În Țara Românească, T. Diamant a fost fondatorul falansterului de la Scăieni (1835).

[2] Principiile cooperației au fost stabilite de una din formele cooperatiste de succes, *Rochdale Society of Equitable Pioneers*, Rochdale, Marea Britanie, 1844. Subsecvent ele au fost reformulate și îmbunătățite în timp.

[3] Principiile sunt formulate după Declarația din 1995 a Alianței Cooperatiste Internaționale (ICA) (*http://ica.coop/en/what-co-op/co-operative-identity-values-principles*).

Legea pentru înființarea băncilor populare de meseriași și a cooperativelor de producție, consum, construcție și de comerț (1909) care acoperă în special cooperativele de credit.

Deși cadrul legal era instabil și modificat succesiv, sistemul cooperatist, în special al cooperativelor de credit, a cunoscut o dezvoltare constantă fiindcă răspundea unor nevoi sociale, rezolva problema creditului pentru nevoile de producție agricole, dar și datorită implicării statului.

Perioada interbelică a cunoscut două legi succesive privind organizarea cooperației în 1929 și în 1935 care așezau pe baze solide această formă economică. Doctrina vremii a fost favorabilă întreprinderilor cooperatiste, văzute ca societății din fruntea cărora a fost eliminat patronul, văzut ca intermediar între capitalul pe care îl deține și munca lucrătorilor pe care îi utilizează[1]. Simpatia față de cooperație vine în general din atractivitatea ideilor socialismului utopic care încearcă să reconsidere rolul lucrătorilor în dauna patronilor, motiv pentru care cooperația nu este văzută ca o simplă formă de întreprindere, ci ca un mijloc de modernizare socială[2].

Reglementarea cooperației a mai cunoscut Decretul nr. 133/1949, pentru ca din 1968 să fie fixată o formă socialistă de organizare și funcționare a cooperației meșteșugărești (Legea nr. 14/1968). Scuturarea cooperației de doctrina socialismului științific este realizată în anul 1990 prin Decretul-lege nr. 66 din 8 februarie 1990 al Consiliul Frontului Salvării Naționale. Adevărata modernizare și revalorificare a tradiției cooperației este realizată prin Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației. Legea nu este însă un merit intern, ci o conștientizare a rolului cooperației în Uniunea Europeană odată cu edictarea izvorului propriu european (regulament).

721. Perspectiva europeană. Societatea cooperativă[3] este recunoscută ca o alternativă de desfășurare a activităților economice. Construcțiile europene reprezentate de societatea europeană (SE), sau Grupul european de interes economic (GEIE) nu sunt potrivite pentru o asociere de tip cooperatist. Mai mult chiar, adunarea generală ONU s-a pronunțat în sensul creării mediului economic în care cooperativele să poată participa pe picior de egalitate cu alte forme de întreprindere[4].

Principiile de funcționare a cooperativelor sunt fundamental diferite de cele ale altor agenți economici. Acestea includ *principii democratice* în privința structurii și controlului precum și distribuirea profitului net pe baze echitabile. În caz de dizolvare este aplicabil în materie *principiul distribuirii dezinteresate* către o cooperativă similară[5]. Principiile cooperației, așa cum s-au cristalizat ele la nivel european, sunt larg recunoscute în statele membre. Funcționarea cooperației europene este un proces cu o tradiție îndelungată. Sistemele naționale de drept au reglementat detaliat constituirea, funcțio-

---

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 637.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 638.

[3] Regulamentul nr. 1435/2003 al Consiliului (JOUE L 207 din 18 august 2003, p. 1-24). Și în acest domeniu participarea salariaților a fost soluționată pe calea unei directive de completare: Directiva 2003/72/CE a Consiliului pentru completarea statutului societății cooperative europene în privința participării salariaților (JOUE L 207/25 din 18 august 2003).

[4] Art. 6 din Preambulul Regulamentului nr. 1435/2003 al Consiliului.

[5] Art. 7 și 10 din Preambulul Regulamentului nr. 1435/2003 al Consiliului.

narea şi încetarea asocierilor de tip cooperativă. Eliberarea construcţiei cooperatiste de amprenta naţională este dezideratul izvorului de drept european evocat. Evoluţia liberă la nivel intracomunitar, dar transnaţional, a organizaţiilor cooperatiste a impus reglementarea formei unice a *societăţii cooperative europene (SCE)*.

722. Societatea cooperativă şi societatea cooperativă europeană (SCE). Tradiţia şi existenţa îndelungată a formelor cooperatiste în dreptul intern fac ca societatea cooperativă să fie recunoscută în mod explicit ca o specie de societate (art. 1888 C.civ.). Aceasta nu este o asimilare recentă a unei creaţii europene (precum GIE) calchiată după un regulament european. Societatea cooperativă, chiar dacă este fundamental reformulată în stilul european este o formă tradiţională de întreprindere economică. Societatea cooperativă europeană (SCE) este o formă distinctă de întreprindere economică, cu un izvor normativ european, de esenţa căreia este elementul transnaţional de tip european. Afinităţile dintre cele două forme societare nu au cum să surprindă cât timp îşi revendică rădăcini şi principii comune de funcţionare. Fără să fie o specie de cooperativă internă, SCE reprezintă un şablon societar cu aplicabilitate generală în toate statele membre UE.

Secţiunea a 2-a. Societatea cooperativă

723. Preambul. Legislaţia română în domeniu a cunoscut o înnoire fundamentală odată cu adoptarea noii legi-cadru[1]. Legislaţia europeană are forma unui regulament, izvor juridic cu caracter obligatoriu pentru statele membre cu aplicare generală şi imediată, care acţionează paralel şi independent de reglementarea internă. Chiar şi în aceste condiţii, legislaţia română nu putea să nu se inspire din izvorul european în privinţa arhitecturii cooperativelor pur româneşti. Obiectul reglementărilor este esenţial diferit: SCE este din start proiectată din perspectiva transfrontalieră în timp ce reglementarea română legiferează dimensiunea locală a cooperaţiei, cooperativele de drept intern, cu sediul social şi activitatea aflate sub incidenţa legii române.

Spre deosebire de izvoarele anterioare, cu reglementări „sectoriale", legea prezentă îşi propune o tratare unitară a domeniului cooperaţiei[2], domeniile particulare mai importante aşteptându-şi o tratare aprofundată în exteriorul izvorului normativ general. Legea reţine aplicarea principiilor cooperaţiei în domeniile: meşteşugăresc, consum, valorificare, agricol[3], locuinţe, pescăresc, transporturi, forestier. În mod declarat domeniile de expansiune ale cooperaţiei nu sunt prevăzute limitativ.

---

[1] Legea nr. 1/2005 privind organizarea şi funcţionarea cooperaţiei (M.Of. nr. 172 din 28 februarie 2005).

[2] În stil european, cooperaţia orientată spre credit transcende reglementării cooperaţiei fiind absorbită de reglementările generale şi administrativ-normative ale pieţei creditului.

[3] Cooperaţia agricolă are deja o reglementare specială: Legea nr. 566/2004 privind cooperaţia agricolă (M.Of. nr. 1236 din 22 decembrie 2004), cu modificările ulterioare.

724. Natura juridică. Legea națională prezentă a asimilat sintagma de „societate cooperativă" care înlocuiește denumirea tradițională de cooperativă[1]. Sintagma este, bineînțeles, importată din dreptul european, acolo unde natura juridică în sine nu contează prea mult, cât timp în mod declarat textele europene includ în sintagma de societăți orice entitate juridică, indiferent de scopul principal sau de natura calității, excluzând doar entitățile nonprofit.

În prezent antiteza juridică cu societățile reglementate de Legea nr. 31/1990 nu mai este relevantă cât timp dihotomia comercial/civil a dispărut. Natura juridică a societară a societății cooperativă este una declarată de lege (art. 1888 C.civ.). Disputele vechi privind caracterul comercial al cooperativei și-au pierdut suportul[2].

Legiuitorul român se referă la aceste societăți de tip cooperativă, când le definește, ca fiind „asociații autonome" (art. 7 din Legea nr. 1/2005). Probabil definiția vrea să accentueze, în tușe foarte groase, diferența față de o societate cu personalitate juridică, dar reușește să inducă o trăsătura nepatrimonială și non-profit tipică asociațiilor. Rămâne să disociem termenul de *asociație* de conținutul său juridic tradițional, să-l traducem ca o „asociere", societate, în vederea realizării unei apropieri de adevărata natură juridică a unei cooperative.

Natura juridică a noii entități se lase surprinsă din chiar titulatura de *societate*. Noțiune juridică bine conturată în sensul de grupare (asociere) de persoane, de contract, constituit în consecință pe baze voliționale, care are ca obiect punerea în comun de valori patrimoniale în scopul desfășurării împreună a unei activități, suportând pierderile și profiturile tot împreună.

Genul proxim este deja declarat de textul legal: societatea simplă. Declararea de către legiuitor a altui gen proxim în procesul de delimitare conceptuală, asociația, nu ni se pare fericită. Ca și societățile organizate în baza Legii nr. 31/1990, societatea cooperativă conține ca *differentia specifica* existența personalității juridice, dar și principiile proprii de funcționare.

Specific cooperativei este un scop care transcende (fără să excludă) activitatea economică pură orientată către profit: promovarea intereselor membrilor în sensul cel mai larg, respectiv interese economice, dar și sociale și culturale, precum și aderarea la principii democratice de control și funcționare. *Scopul patrimonial* al cooperativei trebuie acceptat pentru a menține distanța de noțiunea de *asociație* și scopurile pur ideale ale unei asemenea construcții.

Concluzionând, cooperativa este o societate (contract, grupare de persoane care aduc în comun valori patrimoniale în scopul desfășurării unei activități împreună), cu personalitate juridică, care urmărește realizarea scopurilor patrimoniale și nepatrimoniale ale membrilor săi și funcționează pe baza *principiilor cooperatiste*.

725. Principiile cooperatiste. Legea română, în acord cu textele internaționale, induce ideea că principiile cooperatiste de funcționare reprezintă o adevărată *differentia specifica* a societății cooperative. Iar principiul de bază este principiul democratic care guvernează această entitate.

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 219.

[2] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 645.

Această abordare induce ideea că restului societăților le este străină democrația. Că funcționarea societăților, în limitele înguste ale scopului comercial, derogă de la regulile democratice. Abordarea este străină dreptului societar. Mai degrabă proprii cooperației sunt principii mutuale și egalitariste, fiindcă, de exemplu, principiul majorității este în esență un principiu democratic, înlocuit însă de reguli de egalitate (*o persoană un vot*) în domeniul cooperativelor.

Dreptul de control investit în persoana fiecărui asociat și unanimitatea decizională ca regulă fac din societățile de persoane cele mai democratice societăți cu personalitate juridică. Totuși democrație nu înseamnă egalitarism, lucru spre care tinde materia cooperativelor. Propriu societăților cooperative este limitarea deținerilor, ca regulă, și majorități de adoptare exprimate *per capita*, nu în părți sociale[1]. Focalizarea pe persoana membrilor, nu pe participațiile lor la capitalul social, este o caracteristică a societăților cooperative. Din acest punct de vedere se poate vorbi de un *principiu egalitarist*, care transcende democrația, propriu societăților cooperativă.

Reglementarea europeană reține, specific societăților cooperative, modalitățile de distribuire a profitului proporțional cu legăturile cu societatea sau după nevoi precum și principiul distribuirii dezinteresate, după care dizolvarea unei astfel de societăți atrage transferul activului patrimonial către o societate cooperativă de același tip.

Reglementarea română a principiilor cooperatiste insistă, alături de principiul democratic al controlului și participării economice a membrilor la constituire și distribuiri valorice, asupra scopurilor ideale, nepatrimoniale, respectiv sunt relevate, cu rang de principiu, dezideratul educării și instruirii membrilor, al preocupării pentru societate, al cooperării[2]. La acestea se adaugă reformularea unor principii economice intrinseci: libertatea de asociere în cooperative, autonomia și independența societăților cooperative.

726. Tipuri de societăți cooperative. Modelul reglementării societăților cu personalitate juridică este puternic impregnat în memoria legiuitorului astfel încât scheletul acestei reglementări clasice este păstrat. Pe aceste baze logistice transparente legiuitorul trasează normativ societățile cooperative. Dintre termenii definiți de lege – utili în constituirea societăților cooperative – este de reținut distincția între societățile cooperative de gradul 1 și societățile de gradul 2.

Primele sunt constituite de către ne-cooperatori (persoane fizice sau juridice), într-o definiție negativă sugestivă. Societățile cooperativă de grad 2 sunt persoane juridice constituite din societăți cooperative de gradul 1 și alte persoane fizice sau juridice, cu condiția ca membrii – societăți cooperative să aibă majoritatea[3].

---

[1] Cu diferențierea între cooperativele de grad I și II introdusă prin lege. Art. 37 din Legea nr. 1/2005.

[2] Art. 7 alin. (3) din Legea nr. 1/2005. Trebuie subliniat că aceste principii sunt declarate de legiuitor ca având doar o finalitate de interpretare și aplicare a legii, nu una pur normativă. Sublinierea este tautologică atât timp cât aplicarea directă era exclusă. Principiilor le lipsește o finalitate imediată și determinată având doar rolul de a trasa și ghida tendințele viitoare. În reglementarea europeană ele își găsesc locul în preambul, nu în corpul actului normativ.

[3] Dispoziția legală impune o participare la capitalul social al cooperativei de gradul 2 de minim două treimi (67% în fapt) a societăților cooperative de grad unu. Art. 10 din Legea nr. 1/2005.

Subsecțiunea 1. Constituirea societăților cooperative

727. Elementele şablonului societar. Actul de înființare a societății cooperativă este reprezentat de contract şi statut care pot lua forma unică: *act constitutiv*. Acesta va conține, în acord cu limitările legale, dispozițiile privind capitalul social, membrii, părțile sociale, dar şi reguli de funcționare, dizolvare şi lichidare. Şablonul societar al societăților de tip cooperativă conține următoarele linii principale: capitalul social minim este de cinci sute de lei, fiind variabil şi împărțit în părți sociale de valoare minimă de zece lei (art. 9 din Legea nr. 1/2005), numărul minim al membrilor cooperatori este de cinci, obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social fără a putea angaja patrimonial membrii dincolo de participațiile la capitalul social. Societatea este astfel de tip societate cu *„răspundere limitată"* (art. 9 din Legea nr. 1/2005).

Aporturile permise de lege sunt cele în numerar şi cele în natură. Aporturile în muncă, specifice cooperativelor care nu îşi propun de principiu utilizarea muncii salariate, ci a membrilor proprii pentru realizarea obiectului propus, rămân în afara sferei de reglementare statutară[1].

Legea declară *caracterul variabil al capitalului social* al societății de tip cooperativă. Posibilitățile de majorare, statutar şi legal reglementate, ale capitalului social nu acoperă această noțiune. Majorările de capital social sunt caracteristice oricăror societăți, fără nici o nuanțare. Caracterul variabil al capitalului trebuie căutat în caracterul deschis al acestor societăți cooperative. Principiul asocierii voluntare şi caracterul deschis al cooperației declară că aceste entități sunt „deschise tuturor persoanelor capabile să utilizeze serviciile sau care sunt de acord să-şi asume responsabilitățile calității de cooperator, fără nici o discriminare" [art. 7 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 1/2005][2].

Exemplul tipic de societate cu personalitate juridică cu capital variabil (prin excepție totuşi) din dreptul românesc este reprezentat de societatea de investiții, specie a entităților care evoluează pe piața de capital[3]. Această societate, concepută în scopul mobilizării investițiilor şi accesării piețelor de capital, emite şi răscumpără în mod

---

[1] Aporturile în numerar sunt obligatorii. Aporturile în creanțe sunt interzise în mod expres. Legea nu reglementează aporturile în muncă. Soluția aleasă la societățile cu personalitate juridică – permiterea aporturilor în muncă la societățile de persoane fără ca acestea să reprezinte o participație la capital, dând doar dreptul la participare la profit – nu a fost reluată. Legiuitorul pare a urma în mod constant în reglementarea societăților cooperativă modelul societăților cu răspundere limitată unde aporturile în creanțe şi în muncă sunt interzise.

Raporturile de muncă dintre cooperatori şi societate sunt excluse deci reglementării actului constitutiv rămânând în sfera contractuală (de drept comun sau de dreptul muncii). Trebuie subliniat că aceste relații trebuie să existe atât timp cât realizarea obiectului de activitate al societății trebuie făcută în mod obligatoriu [în lipsă de dispoziție statutară contrară, art. 16 alin. (2) din Legea nr. 1/2005] cu membrii cooperatori.

[2] Singura discriminare acceptată legal este aceea teritorială, respectiv în mod statutar se poate impune condiția existenței domiciliului (sediului) membrului în aceeaşi rază teritorială cu societatea. Discriminarea este scuzată de legătura dintre membri şi cooperativă, care îşi realizează obiectul de activitate de principiu cu membrii săi.

[3] Art. 92-100 din Secțiunea a 4-a (*Societățile de investiții*), Capitolul V, Titlul III (*Organisme de plasament colectiv*) din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital.

continuu acțiuni astfel încât capitalul său social este realmente variabil. Variația membrilor dintr-o cooperativă nu atinge asemenea fluctuații proprii societăților de capitaluri. Caracterul deschis al acestor societăți cooperative este o caracteristică esențială a acestora care le diferențiază de restul societăților. Doctrina a văzut aici chiar o diferență de esență[1]. Acordând statutul variabil capitalului social, legiuitorul dă întru final dovadă de consecvență. Caracterul deschis al societăților cooperative impunea acest lucru.

Forma actului juridic de înființare a cooperativei va fi înscrisul sub semnătură privată, cu excepția impusă de forma solemnă cerută în cazul circulației juridice a terenurilor [art. 14 alin. (3) din Legea nr. 1/2005].

Cuprinsul actului constitutiv urmează modelul societății cu răspundere limitată, la care se adaugă modul de dobândire și pierdere a calității de membru precum și drepturile și obligațiile membrilor cooperatori (art. 16 din Legea nr. 1/2005). Societatea cooperativă va dobândi personalitate juridică de la data înregistrării în registrul comerțului, având calitatea de persoană juridică română dacă sediul său este în România.

Procedura de remediere a neregularităților societăților, inclusiv nulitatea, precum și căile de atac împotriva încheierilor judecătorului delegat privind înregistrarea în registrul comerțului sunt reglementate prin norme de trimitere la legea societăților (art. 20 din Legea nr. 1/2005).

Subsecțiunea a 2-a. Calitatea de membru

728. Dobândirea calității de membru. Legea cooperației prevede condițiile în privința capacității juridice și eventualele condiții de ordin teritorial incidente pentru dobândirea calității de membru (art. 21 din Legea nr. 1/2005). Caracterul deschis al cooperației este concretizat prin dobândirea calității de membru pe baza cererii de înscriere, în condițiile legii și actului constitutiv, soluționată la prima adunare generală. Respingerea unei astfel de cereri pe considerente străine condițiilor legale și statutare ar aduce atingere principiului asocierii voluntare și deschise prescrise de lege. Nici considerente de oportunitate sau conjunctură nu pot constitui temeiuri pentru respingerea cererii. Hotărârea adunării de respingere, nemotivată, este nulă datorită înfrângerii caracterului deschis al cooperației, fiind supusă cenzurii judiciare în condițiile normale ale acțiunii în nulitatea hotărârii. Totuși nelegalitatea hotărârii de respingere și anularea ei nu are ca efecte dobândirea calității de membru, deoarece doar prin hotărâre a societății cooperative se poate îndeplini acest lucru, hotărâre la care societatea poate fi obligată.

729. Încetarea calității de membru. Pierderea calității de membru cunoaște modalități de realizare obiective sau subiective. Încetarea societății cooperative însăși, decesul sau încetarea (pentru persoane juridice) a membrilor cooperatori, realizează premisele de pierdere obiectivă a calității. Retragerea sau excluderea membrului cooperator reprezintă modalități subiective de pierdere a calității de membru. *Retragerea din asociere* este un drept al membrului care trebuie exercitat în modalitățile statutare.

[1] *I.L. Georgescu*, Drept comercial român, vol. II, Ed. All Beck, op. cit., p. 641.

Chiar dacă legea prevede posibilitatea instituirii temporare a unei interdicții de a părăsi societatea, dreptul de retragere rămâne un drept fundamental al membrului.

Principiul asocierii, legal și constituțional, și libertatea muncii apără membrii de orice asociere forțată. Modalitățile de exprimare a acestor libertăți pot cunoaște limitări statutare, limitări traduse în cele din urmă în obligația de acoperire a prejudiciului cauzat de exercitarea abuzivă a dreptului, fără a atinge însă substanța libertății. Nimeni nu poate fi reținut într-o asociere dincolo de voința sa. Este realizarea negativă a principiului constituțional al libertății de asociere.

Excluderea membrului are un caracter de sancțiune civilă. Legea reține trei premise: nedepunerea aporturilor la care membrul s-a obligat[1], rațiuni de concurență[2], încetarea de a mai îndeplini condițiile legale sau statutare pentru a fi membru. Conformitatea cu cerințele legale și statutare de membru este una continuă, subzistând dincolo de momentul aderării la societatea cooperativă.

Controversa privind caracterul limitativ sau nelimitativ al cazurilor de excludere poate fi translatată din materia societăților de persoane în această materie. Aprecierea cazurilor de excludere ca nelimitative apropie instituția excluderii de o rezoluțiune contractuală.

În toate cazurile excluderea este lăsată la latitudinea adunării generale care se pronunță prin hotărâre [art. 28 alin. (2) din Legea nr. 1/2005]. Cenzura judiciară se subscrie normelor speciale privind cererea în anularea hotărârii adunării generale a membrilor cooperației (art. 44 din Legea nr. 1/2005).

Efectele patrimoniale ale încetării calității de membru al societății cooperative sunt aceleași, indiferent de motivul încetării. Legislația cooperației române realizează o distincție între partea divizibilă și partea indivizibilă a patrimoniului cooperativei. Legea distinge o fracțiune de patrimoniu nesusceptibilă de apropiere de către membrii societății cooperative indiferent de motivele încetării calității (obiective sau subiective). Partea distribuibilă, asupra căreia membrii pot pretinde drepturi, se limitează la capitalul social și dividendele legal individualizate. Diferența dintre cele două părți este diferența între exprimarea valorică a capitalului și cea a patrimoniului. Distanța luată față de spiritul comercial și obiectivele ideale asumate de cooperație obligă societatea cooperativă la o politică de acumulare și distribuiri mai rezervate. Drepturile patrimoniale ale membrului, după încetarea calității sale, vor fi reprezentate de doar de valoarea părților lui sociale și dividendele datorate conform ultimelor situații financiare[3].

Legea prevede și posibilitatea unei exigibilități amânate a obligației constatate în contul societății, având ca creditori persoanele cărora le-a încetat calitatea de membru: actul constitutiv poate prevedea un termen pentru executarea obligației de până la doi ani de la nașterea ei (art. 30 din Legea nr. 1/2005).

---

[1] Membrul cooperator trebuie să verse minim 30% din valoarea părților sociale subscrise la momentul subscrierii, iar restul în următoarele 12 luni (art. 24 din Legea nr. 1/2005).

[2] Condiția privește dobândirea calității de membru în altă cooperativă concurentă sau efectuarea pe cont propriu sau pe contul altei persoane de activități care concurează neloial societatea [art. 28 lit. c) din Legea nr. 1/2005].

[3] Art. 30 alin. (1) din Legea nr. 1/2005.

Subsecțiunea a 3-a. Funcționarea societății cooperativă. Organele societății

730. Organele societății cooperativă. Modelul organelor societăților cu personalitate juridică este adoptat de legiuitor și pentru societățile cooperative. Adunarea *generală* și *consiliul de administrație* reprezintă organele de deliberare respectiv administrare ale societății. Dacă legiuitorul european este consecvent în implementarea alternativă a ambelor modele de administrare (monist și dualist), inclusiv în materia societății cooperative europene (SCE), legea internă a păstrat în continuare doar vechea soluție de administrare a consiliului de administrație. Controlul gestiunii este realizat atât de organe specializate cât și de membrii cooperativei.

731. Adunarea generală. Adunarea generală este alcătuită de totalitatea membrilor și este convocată de consiliul de administrație în realizarea atribuțiilor proprii sau la cererea a cel puțin o zecime din numărul membrilor societății cooperative. Pentru convocarea adunării legiuitorul a selectat două modalități legale: scrisoare recomandată cu confirmare de primire sau semnarea convocatorului de fiecare membru. Aceste modalități sunt însoțite de publicitatea prin presă a convocatorului adunării.

Condițiile de constituire și deliberare a adunărilor generale ale societăților cooperative sunt trasate distinct de legiuitor după tipul adunării. Dihotomia ordinar-extraordinar este reglementată și în privința adunărilor generale ale societăților cooperative. Adunarea generală ordinară este legal constituită în prezența a jumătate plus unu din membrii și ia hotărâri cu majoritatea celor prezenți, la prima convocare, iar la convocările ulterioare este legal constituită în prezența a cel puțin o treime dintre membri, deliberând cu majoritatea celor prezenți. Adunarea generală extraordinară este legal constituită în prezența a trei pătrimi din membri și ia decizii prin majoritatea raportată la cei prezenți, la prima convocare, iar la convocările ulterioare este legal constituită în prezența a cel puțin jumătate dintre membri și deliberează cu majoritatea celor prezenți (art. 36 din Legea nr. 1/2005).

Așa cum a fost relevat, cvorumurile și majoritățile exprimate în persoane (membri) sunt o consecință a principiului *„o persoană un vot"* specific societăților cooperative.

Deși atribuțiile *adunării generale ordinare* sunt prezentate mai detaliat (art. 40 din Legea nr. 1/2005) enumerarea nu este limitativă, această adunare rămânând, ca și în cazul societăților cu personalitate juridică, adunarea cu competență generală în privința deliberărilor. Această adunare va delibera de câte ori este necesară exprimarea unei voințe a societății cooperative. Între atribuțiile acestei adunări se află aprobarea înscrierii de noi membri și excluderea membrilor cooperatori.

Competență specială, limitată la atribuțiile legal trasate, are *adunarea generală extraordinară*. Atribuțiile acestei adunări privesc modificarea actelor constitutive sau orice hotărâre pentru care este cerută expres aprobarea adunării generale extraordinare. Competența adunării generale extraordinare este una limitată și expresă (art. 41 din Legea nr. 1/2005). Una din competențe privește *schimbarea formei*. Probabil că această atribuție a adunării a fost păstrată doar din inerție. În realitate legea reglementează o singură formă de societate cooperativă. Asimilarea formei cu sectorul de activitate, așa cum pare a rezulta din primele articole ale legii, nu prezintă nici un interes teoretic.

Şablonul societar din domeniu este unic, nu cunoaşte specii ca în cazul societăţilor cu personalitate juridică. Noţiunea formei este folosită de legiuitor pentru a indica *obiectul de activitate*: societăţi meşteşugăreşti, de consum, valorificare, agricole, de locuinţe, pescăreşti, transporturi, forestiere, dar şi alte forme (art. 4 din Legea nr. 1/2005). Enumerarea formelor este în mod explicit nelimitativă. Conceptul de formă din materia cooperaţiei nu are nici o legătură cu şabloanele societare, cu forma societăţilor, ci priveşte practic domeniul de activitate. Gradul cooperativei nu intră sub incidenţa noţiunii de formă[1]. Mai mult, transformarea societăţii cooperative în societăţi reglementate de Legea nr. 31/1990 este expres prohibită (art. 19 din Legea nr. 1/2005).

O altă inadvertenţă legislativă este reprezentată de includerea competenţei primirii de noi membri în atribuţiile ambelor adunări[2]. Fără a putea alege între cele două adunări puteam să înclinăm pentru păstrarea în competenţa adunării ordinare a acestei atribuţii din raţiuni de simetrie: excluderea membrilor a rămas între atribuţiile adunării generale ordinare.

Deliberările adunării generale reprezintă voinţa societăţii cooperative şi sunt fixate în hotărâri ale adunării generale. Regimul de publicitate, opozabilitate şi nulitate al acestor hotărâri urmează modelul societar (art. 44 din Legea nr. 1/2005).

732. Consiliul de administraţie. Legea română nu a implementat şi pentru societăţile cooperativă sistemul de administrare cu consiliu de supraveghere şi consiliu director, sistem reglementat în dreptul european în materia SCE. Normele privind arhitectura societară şi organele societăţii sunt norme de ordine publică astfel încât cooperativele de drept intern nu suportă decât modelul de administrare cu consiliu de administraţie.

Consiliul de administraţie este un organ colegial (art. 52 din Legea nr. 1/2005) alcătuit dintr-un număr impar, de maxim 11 administratori, aleşi pentru un mandat de patru ani. Legea admite şi posibilitatea administratorului unic care îndeplineşte atribuţiile consiliului de administraţie. Calitatea de administrator este rezervată doar pentru membri, iar incapacităţile, interdicţiile şi decăderile sunt cele din dreptul comun societar (art. 46-49 din Legea nr. 1/2005).

Societăţile cooperative cunosc o atenţie specială acordată *„preşedintelui societăţii cooperative"*. Poziţia în cauză este una electivă, în mod direct, preşedintele fiind ales de adunarea generală ordinară, acesta fiind de drept preşedintele consiliului de administraţie şi persoana cu puteri depline de reprezentare a societăţii cooperative în relaţiile cu terţii. Deşi se bucură de o reglementare aparte, preşedintele societăţii nu este un organ distinct de consiliul de administraţie. Acordarea preşedintelui societăţii de atribuţii în direcţia conducerii activităţii curente a societăţii duce la o suprapunere de atribuţii cu directorul executiv, reglementat şi acesta de lege[3].

---

[1] Actul constitutiv trebuie să indice forma şi gradului societăţii cooperativă; echivalarea celor două noţiuni este astfel exclusă [art. 16 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 1/2005].

[2] Art. 40 alin. (2) lit. h) şi art. 41 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 1/2005.

[3] Directorul executiv este ales de consiliul de administraţie, neputând cumula funcţia de administrator, raportul juridic dintre acesta şi societate fiind guvernat de un contract de management (art. 56 din Legea nr. 1/2005).

733. Cenzorii/auditorii. Instituția cenzorilor are o poziție atipică în societățile cooperativă. Legea cooperației se străduiește să convingă, la nivel de esență a reglementării, de existența *principiului democratic al controlului*; de rolul egal și determinant al fiecărui membru cooperator în funcționarea societății cooperative. Față de aceste principii declarative instituția cenzorilor avea nevoie de o redimensionare și minimizare a atribuțiilor. Legiuitorul nu este însă consecvent. Din inerția împrumutului *mutatis mutandis* din legislația societară, legiuitorul creează o instituție a cenzorilor după aceleași norme ca în cazul societăților cu personalitate juridică. Mai mult modelul este cel al societăților pe acțiuni, în care prezența cenzorilor este obligatorie. Se manifestă în consecință o contradicție structurală. În cazul societăților (pe acțiuni în principal) instituția cenzorilor substituie total acționarii în privința controlului gestiunii. Caracterul de societăți de capitaluri și numărul mare de acționari a impus acolo abolirea dreptului individual de control al acționarilor și asumarea acestuia de către organe specializate: cenzorii societății.

Același lucru este instituit și în cazul societăților cooperative[1]. Principiul controlului democratic al membrilor și plenitudinea de competență în domeniu a cenzorilor nu pot fi acomodate unele cu altele. Numărul cenzorilor este impar, de minim trei, în mod excepțional doar un cenzor și un supleant (art. 57 din Legea nr. 1/2005), cu un mandat de trei ani. Calitatea de membru nu pare a fi o cerință apriorică în persoana cenzorilor. Aceasta rezultă totuși prin raportare la cerințele pentru administratori[2], cu excepția cenzorului, cel puțin unul, care trebuie să posede aptitudinile profesionale prescrise: expert contabil sau contabil autorizat. Condiția calității de membru nu poate fi cerută auditorului financiar, prin definiție persoană independentă chemată să formuleze o opinie profesională asupra conformității situațiilor financiare cu normele contabile, în situația în care societatea cooperativă intră sub incidența normelor contabile armonizate cu directiva europeană specializată și standardele internaționale de contabilitate.

Reglementările privind raportul cenzori/auditori și publicitatea situațiilor financiare sunt comune materiei societare.

Subsecțiunea a 4-a. Modificarea actelor constitutive

734. Transferul părților sociale și calitatea de membru. Legea nu tratează distinct modificarea actelor constitutive, acestea urmând a fi guvernate de dispozițiile actului constitutiv însuși și principiile simetriei. Indirect legiuitorul indică *actul adițional* ca modalitate tehnică de modificare a actului constitutiv [art. 44 alin. (1) teza finală Legea nr. 1/2005]. Câteva cazuri de modificare sunt însă reglementate.

---

[1] Cenzorii sunt obligați să comunice membrilor cooperatori sau terților date referitoare la operațiile societății cooperatiste supuse controlului numai în cadrul ședințelor adunării generale [art. 58 alin. (6) din Legea nr. 1/2005]. Norma instituie o interdicție asemănătoare celei din materie societară [art. 164 alin. (3) LS].

[2] Incapacitățile în privința cenzorilor sunt reglementate prin trimitere la reglementarea administratorilor. Or administratorii nu pot fi decât membri, sub sancțiunea expresă a decăderii din drepturi [art. 46 alin. (1), art. 57 alin. (6) din Legea nr. 1/2005].

Persoana membrilor cooperatori este un element important al societății cooperative astfel încât înstrăinarea părților sociale cunoaște o limitare expresă: acestea pot fi înstrăinate doar către membrii cooperatori din aceeași societate cooperativă.

Membrul nu poate să transmită în mod direct părțile sale fiindcă acestea nu sunt titluri negociabile [art. 59 alin. (3) din Legea nr. 1/2005], iar cesiunea de părți sociale de drept comun ar implica eludarea dispozițiilor legale privind înscrierea și admiterea în cooperativă.

Singura posibilitate pentru dobândirea calității de membru, și implicit de părți sociale, este aceea reglementată de actul constitutiv în privința aprobării înscrierii de noi membri.

Deși legea prevede existența unui registru de evidență a membrilor și părților sociale ținut prin grija societății cooperative (a administratorilor), depozitarul persoanei membrilor rămâne actul constitutiv, ca și în cazul societăților de persoane. Existența reglementării în materie privind registrul de evidență a părților sociale nu permite o apropiere de registrul acțiunilor din materia societară (care sunt valori mobiliare), înscrierea de noi membri ca și excluderea sau transmiterea părților sociale reprezentând modificări ale actelor constitutive.

Legea reglementează și o formă de transfer al membrilor între societățile cooperative. Transferul privește însă doar valorile patrimoniale datorate membrului, care pot fi transferate direct noii societăți cooperativă, nu și a calității de membru, care se realizează indirect, prin retragere și reînscriere în noua cooperativă.

735. Modificarea capitalului social. Legiuitorul se preocupă și de modificarea actelor constitutive prin reducerea sau majorarea capitalului social. În situația prezentă, a declarării societăților cooperative ca *societăți cu capital variabil*, modificarea într-un sens sau altul a capitalului social nu ar trebui să constituie o preocupare deosebită pentru legiuitor.

Abordarea europeană este clară în acest punct. Majorarea de capital social, prin noi aporturi ale membrilor existenți sau cooptarea de noi membri cărora le sunt emise, contra aport, titluri de participare, nu implică modificarea actelor constitutive și nici obligații de publicitate. Admițând existența acestor societăți cu capital variabil, în contrast cu interdicția severă din materia societară în acest domeniu, reglementarea este una firească. Variația capitalului social este un element care ține de natura societăților cooperative.

În materia societară, acolo unde prin excepție sunt admise societățile cu capital variabil (societățile de investiții din materia pieței de capital)[1] legiuitorul alege soluția de compromis a impunerii unui reper temporale rezonabil pentru fixarea capitalului social, respectiv valoarea capitalului social este reflectată în registrul comerțului cu o periodicitate anuală, în cel mult 30 de zile de la aprobarea situațiilor financiare[2]. Și în

[1] Secțiunea a 4-a (*Societățile de investiții*), Capitolul V (*Organisme de plasament colectiv în valori mobiliare*) din Legea nr. 297/2004.

[2] Art. 95 din Legea nr. 297/2004. Prin derogare de la prevederile legii societăților comerciale modificările survenite în privința capitalului social ca urmare a emisiunilor și răscumpărărilor de acțiuni se înregistrează la oficiul registrului comerțului o dată pe an, în maximum 30 de zile de la aprobarea situațiilor comerciale.

materia societăților cooperative legiuitorul preferă o soluție asemănătoare. Publicitatea este impusă acum nu pe baza unei periodicități temporale, ci raportat la valoarea majorării, respectiv dacă majorarea reprezintă peste 10% din capitalul social prezent, hotărârea adunării generale se publică în Monitorul Oficial (art. 75 din Legea nr. 1/2005). Interpretarea restrictivă a normei redate duce la concluzia că majorarea de capital social al societăților cooperative este supusă întotdeauna înregistrării în Registrul Comerțului, formalitatea publicității prin Monitorul Oficial fiind înlăturată doar în cazul majorărilor sub pragul legal. Soluția este corectă, cât timp primirile de noi membri, implicând o majorare de capital cu valoarea părților subscrise, reprezintă o modificare de act constitutiv care se va reflecta în înregistrările depozitate în interesul terților la oficiul registrului comerțului. Reglementarea reducerii capitalului social poate duce la concluzia exonerării de orice formă de publicitate sub pragul procentual legal de variație a capitalului social (10%).

736. Reducerea de capital social. Dacă în privința majorărilor de capital social legea se ocupă de cerința publicității prin Monitorul Oficial, în situația simetrică a reducerii de capital social aceasta face referire la cerința înregistrării la oficiul registrului comerțului (în registrul special al cooperației). În cazul reducerii de capital social, legiuitorul exonerează de publicitatea prin registrul comerțului în cazul unui reducerii mai mici de 10% din capital[1].

Subsecțiunea a 5-a. Încetarea societății cooperativă

737. Introducere. Procedurile care pot duce la încetarea unor societăți de tip cooperativă sunt cele de fuziune, divizare și dizolvare urmată de lichidare, așa cum sunt ele reglementate în noua lege-cadru a cooperației. Aceeași vocație de încetare a societății de tip cooperativă o are și procedura insolvenței. Societățile cooperativă nu cunosc norme speciale în acest domeniu, Codul insolvenței urmând a se aplica în întregime și lor.

738. Fuziunea și divizarea. Procesul de fuziune și divizare preia, *mutatis muntandis*, normele din materia societară prin procedeul reproducerii integrale, legiuitorul evitând procedeul normelor de trimitere (art. 76-82 din Legea nr. 1/2005). Speciile fuziunii sunt contopirea și absorbția.

Legea definește natura fuziunii/divizării ca dizolvare fără lichidare a societății cooperativă care își încetează existența simultan cu o dublă translatare: patrimonială și de membri în folosul societății rezultante.

Din punct de vedere procedural fuziunea sau divizarea cunosc *faza premergătoare* (întocmirea proiectelor), *faza de publicitate* (publicarea în Monitorul Oficial a proiectelor avizate de judecătorul delegat) și *faza de exprimare a voinței membrilor* în cadrul instituționalizat al adunărilor generale, după informarea acestora în forma cerută de lege.

---

[1] Dacă reducerea capitalului social este mai mare de 10% aceasta se afișează la sediul societății cooperative și se menționează în registrul pentru înregistrarea societăților cooperative de la registrul comerțului [art. 74 alin. (2) din Legea nr. 1/2005].

Legislația cooperativelor nu mai insistă pe justețea raportului de schimb al părților sociale, deoarece drepturile patrimoniale ale membrilor privesc doar partea divizibilă a societăților cooperative. Capitalurile proprii sunt irelevante din punctul de vedere al membrilor atât timp cât ele nu pot fi atinse de pretențiile membrilor, transferându-se oricum noilor entități care iau naștere. Din aceste motive expertiza independentă pentru evaluarea corectitudinii raportului de schimb este omisă în materie, simplificând mult procedura.

Efectele fuziunii/divizării în privința drepturilor și obligațiilor societăților implicate în operațiune urmează regulile societăților cu personalitate juridică.

739. Dizolvarea și lichidarea. Dizolvarea societăților cooperative poate fi *voluntară*, supusă voinței proprii, prin hotărârea membrilor, dar și din cauze independente, *judiciare*. Acestea pot ține de: expirarea duratei, imposibilitatea realizării obiectului, falimentul, precum și încetarea satisfacerii cerințelor imperative din șablonul (unic) imperativ edictat de lege pentru aceste societăți, respectiv scăderea numărului de membri sau a capitalului social sub valorile minime legale. Legea acordă și o perioadă de salvgardare a societății în ultimele cazuri: dacă în nouă luni numărul de membri sau capitalul social urcă peste minimul legal dizolvarea nu mai operează.

Legea instituie și o cauză specială de dizolvare, înregistrarea de *pierderi neimputabile*, la sfârșitul unui exercițiu financiar, de o valoare mai mare decât capitalurile proprii, în lipsa reîntregirii capitalului social.

Urmarea legal necesară a dizolvării este *lichidarea* societății realizată de lichidatori autorizați. Subsecvent principiilor de funcționare a societăților cooperative (*principiul repartizării dezinteresate* și al vocației membrilor numai asupra părții divizibile a societății) eventualul activ rămas după îndestularea creditorilor și repartizarea drepturilor cuvenite membrilor în schimbul părților sociale se transmite către o altă societate cooperativă, prin hotărâre a membrilor, iar în lipsă, pe cale judiciară.

În cazul lichidării societăților de tip cooperativă legiuitorul aplică procedeul legislativ al normelor de trimitere, indicând normele din materia societăților incidente.

Subsecțiunea a 6-a. Forme speciale de organizare a cooperației

740. Asociații și uniuni de societăți cooperative. *Asociația societăților* de tip cooperativă reprezintă un reflex al dreptului constituțional de liberă asociere. Aceasta nu este condiționată de forma, gradul sau așezarea teritorială a societăților membre, fiind expresia maximei libertăți.

Forma sa juridică este aceea a unei persoane juridice reglementată însă de materia asociațiilor și fundațiilor astfel încât aceste forme de organizare ies din domeniul societar.

Prin contrapunere, *uniunea* reprezintă o specie de asociere între asociații, pe baza unității de formă și locație administrativă a sediului social. Din punctul de vedere al naturii juridice aceasta este tot o asociație fără scop lucrativ.

Modalitățile de constituire, conținutul actului constitutiv, dar și structura instituțională și modalitățile de încetare a acestor forme de asociere sunt reglementate legislativ

(art. 89-104 din Legea nr. 1/2005). Această materie se constituie însă în reglementare specială a domeniului întreprinderilor fără scop lucrativ, asociații și fundații.

741. Societăți cooperative agricole. Dintre formele de societăți cooperative instituite exemplificativ de lege unele și-au găsit o reglementare autonomă. Reglementarea cooperației agricole precede chiar legea-cadru a cooperației[1]. Doar acest aspect explică caracterul redundant al legii în cauză. Așa se face că legea cooperației agricole este de fapt o reglementare a cooperației în general – *avant la lettre*.

„Șablonul societar" al societății cooperativă, principiile cooperației, definirea de termeni specifici, înființarea și conținutul actului constitutiv, drepturile și obligațiile membrilor, dar și arhitectura instituțională în detaliu (adunare generală, consiliu de administrație, cenzori) și încetarea cooperativei (fuziune/divizare și dizolvare/lichidare), toate acestea sunt tratate amănunțit în legea cooperației agricole, în prezent apărând ca redundante.

Din legea cooperației agricole reținem subformele de cooperative agricole[2], capitalul minim diferit pentru cooperativa de grad II[3] și condiția mai lejeră în privința raportului dintre capitalul vărsat și cel subscris[4], reglementarea specială în privința aporturilor în terenuri agricole[5], condițiile diferite de formare a voinței sociale și de fixare a acesteia prin hotărâri[6], separarea clară între prepuși și administratori[7], incapacitățile, decăderile și conflictul de interese în privința administratorilor, cazuri speciale de dizolvare[8], reglementarea uniunilor, împreună cu Uniunea Centrală a Cooperativelor Agricole și a federațiilor de cooperative[9].

---

[1] Legea nr. 566/2004 privind cooperația agricolă (M.Of. nr. 1236 din 22 decembrie 2004). Legea nr. 134/2006 (M.Of. nr. 429 din 18 mai 2006) și Legea nr. 32/2007 (M.Of. nr. 47 din 22 ianuarie 2007) au realizat conectarea la legea-cadru ulterioară.

[2] Art. 6 din Legea nr. 566/2004: cooperative de servicii, de achiziții și vânzări, de procesare a produselor agricole, manufacturiere și mică industrie, exploatare și gestionare a terenurilor, finanțare și asigurare. Subformele sunt enumerate doar exemplificativ.

[3] Art. 15 alin. (1) din Legea nr. 566/2004. Valoarea minimă este de 10.000 lei.

[4] Art. 15 alin. (2) din Legea nr. 566/2004. Raportul este de 10% față de 30% în legislația cadru a cooperației.

[5] Art. 15 alin. (5) din Legea nr. 566/2004. În cazul asocierii pentru administrarea și gestionarea terenurilor agricole se poate aporta doar dreptul de folosință, dreptul de proprietate rămânând în persoana membrilor. Societatea dobândește un drept de uzufruct.

[6] Art. 23 din Legea nr. 566/2004. Modalitățile de convocare, cvorum și funcționare a adunărilor sunt plasate la nivel contractual, la nivelul de reglementare al actelor constitutive. Majoritatea de deliberare este însă imperativ stabilită de lege la două treimi din membrii prezenți în adunare. Lipsa unui cvorum minim legal reglementat poate duce la distorsiuni în funcționarea cooperativei.

[7] Art. 29 din Legea nr. 566/2004. Salariații nu pot fi administratori.

[8] Art. 53 din Legea nr. 566/2004. Reținem cazurile speciale: imposibilitatea alegerii organelor de conducere și neîntrunirea adunării generale timp de doi ani consecutiv.

[9] Legea cooperației se ocupă în privința asocierii de uniuni – asocieri între cooperativele din aceeași ramură – și de federații – asocieri între uniunile de ramură, la nivel național cu scop bine determinat: valorificarea produselor agricole sau asigurare mutuală etc.

742. Cooperativele de credit şi casele centrale ale cooperativelor de credit. Activităţile bancare, chiar dacă sunt desfăşurate sub principiile şi în formele cooperaţiei, transcend legii de organizare a cooperaţiei[1] şi rămân sub incidenţa legii bancare[2].

Legea bancară alocă un titlu distinct (Titlul V din Partea a II-a) reglementării organizaţiilor cooperatiste de credit, reluând principiile cooperaţiei, fără trimitere la legea-cadru a cooperaţiei.

În acest domeniu legiuitorul a avut de acomodat două deziderate majore: principiile şi formele de organizare şi funcţionare ale cooperaţiei şi principiul reglementării, supravegherii şi controlului activităţilor specifice pieţei monetare. Existenţa unor activităţi de natură bancară a impus instituirea aprobării, autorizării constituirii, dar şi a supravegherii şi controlului funcţionării cooperativelor de credit de o autoritate învestită cu atribuţii administrative. Banca Naţională a României, în virtutea atribuţiilor sale administrative generale de supraveghere, reglementare şi control al activităţilor bancare, a primit aceleaşi atribuţii şi în privinţa organizaţiilor cooperatiste de credit care îşi propun desfăşurarea de activităţi bancare. Specificul cooperaţiei nu a salvat aceste societăţi cooperative particulare de supravegherea B.N.R., ele fiind reglementate împreună cu comerţul bancar propriu-zis, sub controlul şi supravegherea Băncii Naţionale.

Secţiunea a 3-a. Societatea cooperativă europeană (SCE)

743. Arhitectura statutară a societăţilor cooperative. Societatea cooperativă europeană (SCE) va fi înfiinţată în interiorul Uniunii în condiţiile respectării izvorului unic de drept european, Regulamentul Consiliului nr. 1435/2003. Acesta fixează principiile şi graniţele în interiorul cărora se poate manifesta voinţa membrilor pentru crearea unei societăţi cooperative particulare[3].

Capitalul subscris va fi împărţit în părţi sociale, iar numărul de membri şi *capitalul SCE va fi variabil.* Dacă actul constitutiv nu prevede altfel, răspunderea nici unui membru nu va depăşi suma pe care a subscris-o.

Răspunderea membrilor pentru obligaţiile sociale este una limitată deşi statutul SCE poate înlătura acest beneficiu. Odată vărsat aportul, conform subscrierilor făcute, membrul societăţii se desolidarizează de obligaţiile sociale. Patrimoniul său nu poate fi atins de obligaţiile viitoare ale societăţii [art. 1 alin. (2) Regulamentul nr. 1435/2003]. În acest caz denumirea, firma socială, va fi „SCE" urmată de indicarea tipului de răspundere: cu răspundere limitată (*„limited"*).

O SCE va avea ca obiect principal de activitate satisfacerea nevoilor membrilor sau dezvoltarea activităţilor economice şi sociale. Caracterul acestei societăţi este pronunţat social şi mult limitat faţă de cel al societăţilor cu personalitate juridică. Scopul cooperaţiei nu este unul primordial comercial, obţinerea de profit, ci *preponderent*

---

[1] Art. 3 din Legea nr. 1/2005. Excluderea activităţilor de credit de sub regimul legal general al cooperaţiei este expresă.

[2] O.U.G. nr. 97/2000 privind organizaţiile cooperatiste de credit, cu modificările ulterioare, a fost înlocuită în domeniu cu reglementarea cadru din domeniul bancar: O.U.G. nr. 99/2006 privind instituţiile de credit şi adecvarea capitalului, cu modificările ulterioare.

[3] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 202.

social, satisfacerea nevoilor membrilor. Societatea nu-şi va extinde activitatea şi în privinţa non-membrilor, cărora nu le va permite participarea la activitatea sa dacă actele constitutive nu prevăd, în mod subsidiar însă, o asemenea participare. Separarea de planul societăţilor pure este una aşteptată faţă de finalitatea cooperaţiei.

SCE se bucură şi ea de personalitate juridică cu consecinţele acestei naturi: patrimoniu propriu, drept de a sta în nume propriu în justiţie, angajarea în raporturi juridice în nume propriu prin reprezentanţi.

Subsecţiunea 1. Caracteristicile SCE

744. Dimensiunea transfrontalieră. De esenţa construcţiei europene este dimensiunea sa transnaţională. Pentru realizarea acestei cerinţe structura membrilor societăţii trebuie să conţină elementul transnaţional de la naştere şi trebuie să îl conserve pe tot timpul existenţei societare.

SCE va lua naştere, în mod obligatoriu, în formele prescrise de regulament: cu cel puţin cinci persoane fizice rezidente în cel puţin două state membre; cu cel puţin cinci persoane fizice şi juridice de drept public sau privat, rezidente sau guvernate de legea naţională a cel puţin două state membre; cu societăţi şi alte persoane de drept public şi privat guvernate de legea a cel puţin două state membre; prin fuziune între cooperative funcţionând în Uniune dacă cel puţin două sunt guvernate de legi ale unor state membre diferite; prin conversia unei cooperative formată într-un stat membru dacă pentru cel puţin doi ani a avut o sucursală (punct de lucru, stabiliment) sau filială guvernată de legea altui stat membru (art. 2 din Regulamentul nr. 1435/2003).

745. Capital social. Capitalul subscris va fi de cel puţin 30.000 euro, legea naţională putând impune un capital mai mare pentru anumite activităţi. Capitalul, prin caracterul deschis al cooperativei, este însă *variabil*. Pentru a evita fraudarea cerinţei de adecvare a capitalului social în timpul funcţionării, regulamentul impune ca statutul SCE să prevadă şi o sumă sub care capitalul subscris nu va putea să scadă ca efect al plăţii acţiunilor membrilor care îşi pierd calitatea, sumă mai mare decât capitalul minim legal. Cerinţa de adecvare a capitalului apare ca un prag continuu pe toată durata şi în orice moment al existenţei societăţii.

Capitalul va putea să crească, ca efect al subscrierii membrilor sau admiterii de noi membrii şi să scadă ca efect al pierderii calităţii de membru. Dinamica recunoscută în funcţionarea SCE a impus legiuitorului european o conduită diferită celei din domeniul societăţilor: variaţiile capitalului social nu necesită un act adiţional sau obligaţii de publicitate (art. 3 din Regulamentul nr. 1435/2003). Interesele terţilor sunt sacrificate în favoarea intereselor membrilor şi a societăţii cooperative însăşi.

Capitalul SCE va fi reprezentat de părţile sociale ale membrilor care pot fi din clase diferite; statutul poate prevedea că acestea pot conferi drepturi diferite în privinţa repartizării beneficiilor.

Capitalul social va fi constituit doar din active susceptibile de evaluare economică, nefiind admise aporturile în muncă şi servicii. Părţile sociale sunt nominative, de o valoare egală în aceeaşi clasă, neputând fi emise la o valoare inferioară valorii nominale. Cele emise în schimbul aporturilor în numerar vor fi plătite în proporţie de

cel puțin 25% din valoarea nominală la data subscrierii (aport vărsat), restul trebuind achitat în cel mult cinci ani, dacă statutul nu prevede o perioadă mai scurtă. Aporturile, altele decât în numerar, trebuie vărsate integral la data subscrierii. Regulile aplicabile societăților pe acțiuni în dreptul național în privința evaluării aporturilor, altele decât în numerar, vor fi aplicate prin analogie.

Statutele vor prevedea numărul minim de părți subscrise care acordă calitatea de membru.

Subsecțiunea a 2-a. Reguli generale ale SCE

746. Regimul titlurilor de participare. Adunarea generală având ca obiect aprobarea situațiilor financiare va stabili capitalul social la sfârșitul anului financiar, prin hotărâre, și variația sa raportat la anul financiar precedent. Deci capitalul social, deși variabil prin construcția societară, va fi fixat cel puțin anual și făcut public prin voința membrilor.

La propunerea organului administrativ capitalul subscris va putea fi mărit prin capitalizarea în tot sau în parte a rezervelor disponibile pentru distribuire, printr-o hotărâre a adunării generale, în condiții statutare, noile acțiuni fiind distribuite proporțional cu deținerea din capitalul social.

Valoarea nominală a titlurilor poate fi mărită, caz în care dacă sunt necesare noi aporturi de la membri decizia va fi luată de adunarea generală în condițiile de cvorum și majoritate cerute pentru modificarea statutelor, sau poate fi redusă prin *splitare*.

Conform statutelor și cu acordul adunării generale sau al organului administrativ, părțile sociale pot fi transmise sau vândute către un membru sau o persoană care dobândește calitatea de membru. Transferul titlurilor este deci puternic restricționat. Deținerea sau dobândirea calității membru este o condiție apriorică pentru achiziționarea de titluri ale SCE.

SCE nu poate dobândi propriile titluri, prin subscriere, cumpărare sau acceptare ca garanții atât direct cât și prin persoane acționând în nume propriu, dar pe seama SCE.

747. Acte constitutive. Statutele, actele constitutive, vor desemna atât instrumentul de înregistrare, contractul de asociere și, atunci când este un document separat, statutul în sine. Membrii fondatori vor întocmi statutele SCE în scris, cu respectarea normelor naționale privind societățile cooperatiste în statele în care SCE se înregistrează. Desprinderea de legea națională nu poate fi totală. Deși de respirație europeană, SCE vor lua naștere în mod necesar sub un regim național clar: cel al locului de înregistrare a statutelor. Normele aplicabile supervizării constituirii societăților tip societăți pe acțiuni din statele membre se vor aplica prin analogie și SCE.

Statutele vor cuprinde cel puțin un număr minim de dispoziții privind: numele societății cooperativă urmat sau precedat de SCE și *„limited"* dacă este cazul; obiectul de activitate; numele persoanelor fizice și juridice care sunt fondatori; sediul social; condițiile și procedurile pentru admiterea, excluderea și demisia membrilor; drepturile și obligațiile membrilor, categoriile de membri, drepturile aferente fiecărei categorii; valoarea nominală a părților sociale, valoarea capitalului social și o indicare a faptului că acesta este variabil; reguli privind suma din profit ce va fi alocată rezervelor legale;

BCU "CAROL I" BUCUREȘTI LIBRARY

puterile şi competenţa membrilor organelor; clauze privind numirea şi revocarea membrilor administratori; cvorumul şi majorităţile de deliberare; durata de existenţă a asocierii dacă este limitată (art. 5 din Regulamentul nr. 1435/2003). Sediul social va fi în Uniune, în acelaşi stat în care se află şi centrul său administrativ.

748. Conflictul de legi. Eventualul conflict de legi aplicabile societăţilor cooperative este soluţionat de izvorul european prin detalierea izvoarelor incidente. SCE vor fi guvernată în primul rând de regulamentul european propriu şi de statutele proprii, acolo unde regulamentul prevede expres. Conflictul de legi are ca spaţiu de ocurenţă domeniul nereglementat de regulamentul european. În acest caz soluţia europeană expresă duce la incidenţa: a) legii naţionale speciale edictată de statul membru privind SCE, b) legii statului membru care s-ar aplica unei cooperative formată în concordanţă cu dreptul statului membru în care SCE îşi are sediul, c) clauzele statutelor proprii, în maniera în care sunt aplicabile în cazul cooperativelor formate conform dreptului statului membru în care SCE sunt înregistrate (art. 8 din Regulamentul nr. 1435/2003). O SCE va fi tratată în fiecare stat membru ca şi cum ar fi o cooperativă formată în concordanţă cu legea sa naţională.

749. Publicitate. Fiecare SCE va fi înregistrată în statul membru în care îşi are sediul social în registrul desemnat pentru societăţile de tip societăţi pe acţiuni. Înregistrarea SCE este condiţionată de îndeplinirea cerinţelor europene privind implicarea salariaţilor în activităţile societăţii (Directiva 2003/72/CE).

Regulile aplicabile în statul membru în care SCE este înregistrată societăţilor de tip societăţi pe acţiuni, privind publicitatea societăţilor şi a actelor lor se aplica prin analogie SCE. Anunţul privind înregistrarea SCE şi radierea unei înregistrări asupra acesteia va fi publicat în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene după realizarea cerinţelor naţionale (art. 13 din Regulamentul nr. 1435/2003).

750. Membrii SCE. *Dobândirea calităţii de membru* se realizează cu aprobarea organelor statutare ale societăţii. Candidaţii cărora li se refuză această calitate pot contesta decizia la următoarea adunare generală. Statutele pot prevedea că persoanele care vor utiliza sau produce bunurile sau serviciile SCE pot fi admise ca membru-investitor. Dobândirea acestei calităţi va fi aprobată de adunarea generală sau orice alt organ căruia i s-a delegat aceasta atribuţie de către adunarea generală sau prin statut. Dacă nu se prevede altfel, calitatea de membru poate fi deţinută atât de persoanele fizice cât şi cele juridice.

Statutele pot condiţiona dobândirea calităţii de membru de subscripţia unui număr minim de titluri (eventual şi o cerinţă de capital vărsat minim) după cum pot edicta şi condiţii derivate din obiectul de activitate al SCE.

Un index alfabetic (registru) cu toţi membrii va fi ţinut la sediul social al SCE şi poate fi inspectat de orice persoană care are un interes legitim. Orice tranzacţie care afectează maniera în care este împărţit capitalul sau are ca rezultat reducerea sau mărirea capitalului va fi oglindită în registrul membrilor în termen de cel mult o lună de la modificare.

Încetarea calității de membru poate surveni prin retragere, excludere, moartea membrului persoană fizică sau încetarea membrului persoană juridică (dizolvare sau faliment) precum și în orice altă situație prevăzută în actele constitutive sau legislația privind cooperativele în statele membre în care SCE își are sediul înregistrat.

Excluderea este receptată ca o sancțiune, o măsură punitivă (nepatrimonială) față de membrul care comite o încălcare importantă a obligațiilor sale statutar asumate sau acționează contrar intereselor societății. Excluderea va fi aplicată de organul administrativ sau de conducere după ascultarea membrului societății. Acesta poate supune măsura deliberării adunării generale (art. 15 din Regulamentul nr. 1435/2003). Orice membru minoritar care se opune unor modificări ale actelor constitutive în adunarea generală, unor noi obligații de plată sau altor servicii impuse ori extinderii substanțiale a obligațiilor existente poate solicita retragerea sa din asociere în două luni de la decizia adunării în cauză. Practica restrângerii dreptului necondiționat de retragere din asociere este în esență permisă pe baze statutare clare, pentru a descuraja exercitarea abuzivă a acestui drept.

Modificările statutare nu se aplică acelor membrilor care au uzat de dreptul lor de retragere. Aceștia vor fi îndreptățiți la plata acțiunilor lor în condițiile regulamentului european [art. 3 alin. (4) și (16)].

Pierderea calității de membru dă dreptul acestuia la plata acțiunilor, a părții deținută din capital, redusă proporțional cu pierderile înregistrate din acesta. Textul european lasă să se înțeleagă că plata drepturilor patrimoniale va fi raportată la capitalul propriu al societății, luând în considerare deci și fluctuațiile rezultate din activitatea curentă. Suma respectivă va fi calculată în raport cu situațiile financiare din anul în care a fost solicitată retragerea. Statutele vor prevedea o procedură și condițiile de exercitare a dreptului de retragere, precum și durata în care se va face plata, care nu poate depăși însă trei ani. În orice caz, SCE nu va fi obligată la plată înainte de șase luni de la aprobarea situațiilor financiare întocmite după pierderea calității de membru.

Subsecțiunea a 3-a. Constituirea SCE

751. Constituirea simultană. Formarea unei SCE va fi guvernată de legea aplicabilă cooperativelor din statul membru în care este ales sediul social. Constituirea se va bucura de publicitate în condițiile Regulamentului european (art. 12 din Regulament trimite la publicitatea instituită pentru societățile de tip societăți pe acțiuni). SCE va dobândi personalitate juridică din ziua înregistrării în statul membru al sediului social ales, în registrul desemnat de statul membru (art. 11 din Regulament trimite la registrul instituit pentru societățile de tip societăți pe acțiuni). În cazul actelor încheiate în numele SCE anterior înregistrării, dacă aceasta nu preia obligațiile rezultate din aceste acte, ele vor angaja în mod solidar persoanelor de drept care au încheiat aceste acte.

752. Constituirea prin fuziune. Procedura de constituire prin fuziune va respecta procedura de fuziune prin *contopire* (formare de societăți) sau *absorbție*. În primul caz cooperativa rezultantă va lua forma de SCE, iar în ultimul caz cooperativa absorbantă va lua forma SCE, în momentul când fuziunea își produce efectele (art. 19 din Regulamentul nr. 1435/2003).

BIBLIOTECA UNIVERSITARY

În completarea regulamentului european sunt aplicabile fiecărei cooperative legea statului membru privind fuziunea cooperativelor, iar, în lipsă, prevederile statului membru aplicabile fuziunii societăților de tip societăți pe acțiuni.

Legea statului membru poate să prevadă că o cooperativă din jurisdicția sa nu poate lua parte la formarea unei SCE prin fuziune dacă o autoritate competentă națională se opune – înainte de emiterea *certificatului* necesar (art. 29 din Regulament). O asemenea opoziție se poate întemeia doar pe interesul public, iar accesul la o procedură judiciară de control al legalității este garantat (art. 21 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Procedura. Organul de conducere sau administrativ al fiecărei societăți participante va întocmi un *raport* detaliat de explicare a termenilor fuziunii din punct de vedere legal, economic, după cum va întocmi în prealabil și *proiectul de fuziune* care va conține un set de caracteristici minim impus: numele și sediul fiecărei cooperative împreună cu cele propuse pentru SCE; raportul de schimb; alocarea titlurilor în SCE; data de la care deținerea de acțiuni în SCE dă dreptul membrilor la împărțirea surplusului; forma de protecție a drepturilor creditorilor cooperativelor ce fuzionează; avantaje speciale conferite experților, organelor administrative, de conducere sau control al cooperativelor implicate; statutul SCE; informații în privința implicării salariaților (conform Directivei nr. 2003/72/CE) (art. 22-23 din Regulamentul nr. 1435/2003). Legea aplicabilă societăților de tip societăți pe acțiuni privind cerințele de publicitate a proiectului de fuziune se va aplica prin analogie fiecărei cooperative care fuzionează împreună cu cerințele suplimentare impuse de statul membru în privința cooperativelor. Publicarea proiectului de fuziune în publicația oficială națională va include un set minimal de caracteristici pentru fiecare cooperativă (art. 24 din Regulamentul nr. 1435/2003). Orice membru, cu cel puțin o lună înaintea fuziunii, este în drept să consulte la sediul social: proiectul de fuziune; situațiile financiare ale cooperativelor pentru cei trei ani anteriori; raportul experților în privința titlurilor care vor fi distribuite pentru active sau raportul de schimb; raportul organelor de conducere (art. 25 din Regulamentul nr. 1435/2003). Fiecare cooperativă care fuzionează va numi unul sau mai mulți *experți independenți* care vor examina proiectul de fuziune și vor întocmi un raport pentru membri. Dacă dreptul național permite se va întocmi un singur raport.

Adunarea generală a fiecărei cooperative va aproba proiectul de fuziune (art. 27 din Regulamentul nr. 1435/2003). Supravegherea legalității fuziunii va fi realizată conform nomelor aplicabile cooperativelor din statul membru, iar în lipsă, conform normelor aplicabile societăților tip societăți pe acțiuni. În fiecare stat membru instanța, notarul sau altă autoritate competentă va emite un certificat în privința completării actelor și formalităților premergătoare fuziunii.

Legalitatea fuziunii va fi controlată de autoritatea competentă a statului membru al sediului social propus pentru SCE căruia i se vor remite certificatele obținute de fiecare cooperativă (art. 29 din Regulament). Această autoritate se va asigura în principal de faptul că proiectul de fuziune a fost aprobat de fiecare cooperativă în aceeași formă și că aranjamentele privind implicarea salariaților sunt realizate (Directiva 2003/72/CE). Fuziunea și constituirea simultană a SCE își vor produce efectele de la data înregistrării în registru. Consecințele fuziunii sunt cele clasice, comune și societății europene (SE). Nulitatea SCE nu poate fi declarată odată ce SCE a fost înregistrată. Absența

controlului de legalitate a fuziunii va constitui însă temei pentru dizolvarea SCE (art. 34 din Regulamentul nr. 1435/2003).

753. Constituirea SCE prin transformarea unei societăți cooperative naționale. Conversia unei cooperative existente într-o SCE nu are ca efect dizolvarea cooperativei și crearea unei noi persoane de drept. Transformarea nu este „extinctivă" de personalitate juridică. Sediul social nu poate fi însă transferat dintr-un stat membru în altul în același timp cu efectuarea transformării. Organul administrativ sau de conducere va întocmi un *proiect de transformare* și un raport pentru justificarea aspectelor legale și economice ale transformării. Proiectul va fi făcut public cu cel puțin o lună înaintea adunării convocate să decidă asupra transformării.

Înainte de această adunare unul sau mai mulți *experți independenți* numiți sau aprobați de o autoritate judiciară sau administrativă, conform legii naționale, vor certifica respectarea dispozițiilor generale [art. 22 alin. (1) lit. b) din Regulament]. Adunarea generală va aproba proiectul de transformare împreună cu statutele SCE. Statul membru poate condiționa transformarea de exprimarea unui vot favorabil unanim sau majoritar (calificat) în organul cooperativei în care este organizată participarea salariaților (art. 35 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Subsecțiunea a 4-a. Structura și funcționarea SCE

754. Organul de gestiune. Regulamentul conferă SCE două structuri de gestiune: *one tier* și *two trier*[1], prin preluarea normelor corespunzătoare din materia societății europene (SE). Cele două reglementări sunt create normativ în mod similar (corespondența este aproape perfectă, între art. 38-51 din Regulamentul nr. 2157/2001 și art. 37-52 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Diferențele țin de specificul cooperativelor: din cuprinsul consiliului de supraveghere, ca și din consiliul de administrație, maxim un sfert pot să nu fie membrii ai SCE (art. 39.3, respectiv art. 42.2 final din Regulamentul nr. 1435/2003).

Materia cooperativelor tratează mai detaliat *dreptul de reprezentare* și angajarea răspunderii SCE: dacă puterea de reprezentare este conferită la doi sau mai mulți membri aceștia o vor exercita colectiv, dacă dreptul statului membru al sediului de înregistrare nu lasă cumva posibilitatea ca statutele să prevadă altfel, caz în care clauza constitutivă poate fi opusă terților dacă a fost făcută publică în condițiile edictate de regulament (art. 47 din Regulamentul nr. 1435/2003). Actele efectuate de organele SCE vor angaja SCE față de terți chiar în condițiile în care nu sunt conforme obiectului SCE dacă nu exced puterilor conferite organelor de legea statului membru. Legea națională poate prevedea totuși că SCE nu va fi angajată de aceste acte, în afara obiectului SCE, sub sarcina probei că terțul a cunoscut sau trebuia să cunoască că aceste acte nu corespund obiectului (publicitatea statutelor în sine nefiind însă o probă suficientă).

Similar domeniului societăților, limitele puterilor acordate organelor SCE prin statute sau hotărâre a adunării membrilor nu pot fi opuse terților, chiar dacă li s-a făcut publicitatea legală. Legea statului membru poate prevedea că puterea de reprezentare a

[1] Structură de administrare cu unul, respectiv două niveluri.

SCE poate fi conferită de statute unei singure persoane sau mai multor persoane acționând împreună. Asemenea norme pot prevedea că dispozițiile în cauză pot fi opuse terților în privința puterii generale de reprezentare dacă s-au îndeplinit cerințele de publicitate.

Regulamentul prevede și limitări exprese ale capacității de exercițiu a administratorilor în calitate de reprezentanți ai societății cooperative. Statutele SCE vor prevedea categoriile de tranzacții care necesită autorizare: în sistemul *two tier*, autorizarea actelor consiliului de directori de către consiliul de supraveghere sau adunarea generală; în sistemul *one tier*, o decizie expresă emisă de consiliul de administrație sau autorizarea de către adunarea generală. Dreptul național poate determina categoriile minime de tranzacții și organul care va da autorizarea conform statutelor sau poate să prevadă că în sistemul *two tier* consiliul de supraveghere poate el însuși să identifice care sunt categoriile de tranzacții subiect al autorizării (art. 48 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Clauza de confidențialitate care operează în privința persoanei membrilor organelor de gestiune este similară societății europene (SE), iar luarea deciziilor și răspunderea este, la fel, identică – (art. 50 și 51 din Regulamentul nr. 1435/2003).

755. Adunarea generală. Competența și desfășurarea adunărilor dezvăluie similitudinile între creația SE și cea a societății cooperative europene SCE (art. 52-54 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Membrii SCE în număr de peste 5.000 (numărul pare mare, însă reglementarea privește creații de o anvergură europeană, transnațională) sau care dețin cel puțin 10% din totalul voturilor pot convoca adunarea generală și pot stabili ordinea de zi. Statutele pot reduce aceste praguri.

Adunarea generală va fi convocată prin *convocator* trimis prin orice mijloace fiecărei persoane îndreptățite să participe la adunare. Acest convocator poate fi trimis spre publicare în publicația oficială a SCE, dacă există așa ceva. Convocarea adunării generale va conține cel puțin următoarele caracteristici: numele și sediul social al SCE; locul, data și ora adunării; tipul de adunare, ordinea de zi, indicând problemele de discutat și propunerile pentru decizii.

Perioada între data publicității convocatorului și data adunării generale va fi de cel puțin 30 de zile, putând fi redusă la 15 zile în cazuri urgente. Similar convocării, membrii SCE în număr de peste 5.000 sau care dețin cel puțin 10% din totalul voturilor pot solicita ca unul sau mai multe puncte suplimentare să fie incluse pe ordinea de zi (pragurile putând fi reduse prin statute).

Deliberările. Orice membru va fi îndreptățit să participe la dezbateri și să voteze în adunarea generală asupra punctelor din ordinea de zi. Membrii organelor SCE și deținătorii de alte titluri emise de aceasta precum și orice persoană îndreptățită dacă statutele permit, pot lua parte la adunarea generală fără drept de a participa la deliberări (fără drept de vot). O persoană îndreptățită să voteze va putea să numească altă persoană[1] să o reprezinte în adunarea generală în conformitate cu procedurile stabilite prin statute. Acestea pot să prevadă numărul maxim de persoane în numele cărora un

[1] *Proxy* (varianta în limba engleză).

mandatar poate acționa. Este permis votul prin poștă sau electronic, pentru care trebuie să se prevadă procedurile necesare.

Fiecare membru al SCE va avea un vot, indiferent de numărul de acțiuni pe care le deține (art. 52 din Regulamentul nr. 1435/2003). Dacă legea națională permite astfel, statutele pot prevedea ca un membru să dețină un număr de voturi determinat de participarea sa la activitatea cooperativei, alta decât contribuția la capital. Această deținere nu poate depăși cinci voturi *per* membru sau 30% din totalul drepturilor de vot, acționând limita cea mai coborâtă dintre acestea. Dacă legea de înregistrare a SCE permite, SCE din domeniul financiar și asigurări pot prevedea în statute atribuirea de voturi determinate de participarea în activitatea cooperativei, inclusiv participarea în capitalul SCE. Această atribuire nu va depăși cinci voturi *per* membru sau 20% din totalul voturilor – acționând limita cea mai coborâtă dintre ele.

Dacă legea de înregistrare a SCE permite, în SCE în care majoritatea membrilor sunt societăți cooperative, se poate prevedea în statute atribuirea de voturi determinate de participarea în activitatea cooperativei, inclusiv participarea în capitalul SCE sau după numărul de membri ai fiecărei entități membre.

În privința drepturilor de vot ale membrilor neutilizatori (investitori), SCE va fi guvernată de legea națională, însă aceștia nu pot avea împreună mai mult de 25% din totalul drepturilor de vot.

Dacă la intrarea în vigoare a Regulamentului legea națională a SCE permite, statutele SCE pot prevedea participarea reprezentanților angajaților în adunarea generală sau în secțiunea sau adunarea sectorială proprie, dar aceștia reprezentanți nu pot controla împreună mai mult de 15% din totalul drepturilor de vot. Asemenea drepturi vor înceta să existe dacă sediul SCE este transferat într-un stat membru care nu prevede o asemenea participare (art. 59 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Adunarea generală va lua hotărâri asupra problemelor de pe ordinea de zi, dar va putea delibera și asupra problemelor introduse pe ordinea de zi de membrii minoritari (în condițiile art. 57 din Regulament). O adunare generală va hotărî cu *majoritatea voturilor legal exprimate* de membrii prezenți sau reprezentați. Statutele vor prevedea *cvorum*-ul și majoritățile de adoptare în adunare. Dacă statutele reglementează existența membrilor-investitori sau alocarea de voturi conform contribuției la capitalul SCE, acestea vor prevedea de asemenea cvorumuri speciale în privința celorlalți membrii (art. 61 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Dacă SCE realizează mai multe activități ori activități în mai mult de o unitate administrativ-teritorială ori are mai multe puncte de lucru sau mai mult de 500 de membri, statutele pot prevedea *adunări sectoriale* (teritoriale) sau pe secțiuni, dacă sunt permise de legea națională.

Aceste adunări își desemnează delegații care participă la adunările lărgite și raportează în adunările lor despre cursul dezbaterilor și deliberărilor la care au luat parte.

Subsecțiunea a 5-a. Modificarea actelor constitutive

756. Reglementare. Adunarea generală poate modifica statutele la prima convocare doar în prezența a jumătate din totalul membrilor săi, la a doua convocare cu aceeași ordine de zi nemaifiind necesar nici un cvorum. Pentru adoptarea modificărilor trebuie

exprimate în acest sens, în mod valabil, cel puțin 2/3 din voturi, dacă legea aplicabilă cooperativelor în statul membru de înregistrare nu impune o majoritate mai mare (art. 61 din Regulamentul nr. 1435/2003).

Modificarea sediului social, dintr-un stat membru în altul, reprezintă o modificare de act constitutiv reglementată detaliat, față de potențialele implicații economice și sociale asupra statelor membre (art. 8.1-8.16, respectiv art. 7.1-7.16 din Regulamentul nr. 1435/2003). Particularitatea SCE constă în dreptul membrului care s-a opus modificării sediului la adunarea generală sau la o adunare sectorială de a *se retrage* din SCE în termen de două luni de la decizia adunării generale. Încetarea calității de membru va avea loc la sfârșitul exercițiului financiar în care a fost formulată retragerea. Retragerea dă dreptul membrului la restituirea valorii titlurilor (art. 7.5 din Regulament).

Subsecțiunea a 6-a. Încetarea SCE

757. Proceduri comune. Dizolvarea, insolvența și procedurile similare sunt, *mutatis mutandis,* cele din materia SE (art. 63-65 din Regulamentul SE sunt în corespondență cu art. 72-74 din Regulamentul SCE). Distribuirea rezultatelor lichidării în cazul societăților cooperative se va face însă într-un mod particular, după principiul *„distribuirii dezinteresate"*, sau acolo unde legea națională permite, conform statutului SCE (art. 75 din Regulamentul nr. 1435/2003).

758. Conversia într-o cooperativă națională. O modalitate proprie de încetare a SCE este pierderea dimensiunii europene. Ieșirea de sub incidența dreptului european, renunțarea la statutul de societate cooperativă europeană, este permisă de regulament. Conversia reglementată privește însă doar alinierea la normele naționale aplicabile cooperației. Conversia într-o altă societate decât de tip cooperativă nu apare ca posibilă. În măsura în care legea națională permite conversia unei cooperative într-o societate procesul, în trepte (dobândirea statutului național de cooperativă urmată de conversia într-o societate națională) apare ca posibil[1].

Procedura în sine este similară transformării unei societăți europene (SE) într-o societate de tip societate pe acțiuni națională (Sediul materiei este reprezentat de art. 66 din Regulamentul SE, respectiv art. 76 din Regulamentul SCE).

Specific conceptului de transformare este supraviețuirea personalității juridice, evitarea lichidării și nașterii unei noi persoane juridice. Și în cazul conversiei SCE societatea cooperativă națională rezultată este succesoarea și continuatoarea de drept a fostei societăți cooperativă europene.

[1] Legea română, de exemplu, nu admite transformarea unei societăți cooperativă într-o societate cu personalitate juridică (art. 19 din Legea nr. 1/2005).

Capitolul IV
Grupurile de societăți

Secțiunea 1. Introducere

759. Introducere. Dreptul societar conține o imagine statică a întreprinderilor, o serie de şabloane legale oferite mediului economic pentru satisfacerea nevoilor lor de asociere şi desfăşurare a activității[1]. Odată desprinse din acest insectar legal şi animate de spiritul întreprinzătorilor toate aceste entități vor interacționa, vor concura şi, urmând interacțiunilor sociale şi comportamentul social al indivizilor, vor naşte apetențe, asocieri, ierarhizări şi structuri complexe de colaborare economică. Grupul de societăți este tocmai rezultatul coagulărilor şi interacțiunilor economice[2]. Dacă indivizii au oroare de izolare şi aplecare spre colaborare socială neputându-se realiza decât în comunitate (*zoon politikon*) era de aşteptat ca şi creațiile lor economice să aibă aceeaşi înclinație spre coagulare în grupuri şi acțiune concertată pentru scopuri comune. Grupurile de societăți sunt realități ale mediului economic reprezentate de entități societare cu un comportament coordonat şi de durată pentru realizarea de scopuri comune. Simplele interacțiuni economice nu dau naştere unor structuri suprasocietare, dar când coordonarea activităților, controlul, este fixat prin mecanisme durabile astfel de construcții nu pot fi ignorate. Grupurile de societăți reprezintă un exemplu de situație în care realitatea economică depăşeşte cadrul de reglementare în mod evident, în care norma juridică este greu de impus unui situații practice foarte fluente şi greu de surprins în mod abstract. Tocmai din această cauză dilema legiuitorului este dacă trebuie să intervină sau nu normativ într-o astfel de situație, dacă ingerința normativă este reclamată de distorsiuni sau nevoia de protecție a unor persoane dezavantajate de practicile grupului.

În linii mari în fața grupurilor de societăți reclamă protecție acționarii minoritari, creditorii şi lucrătorii. Dar fiecare din aceste grupuri au mijloace speciale de protecție în interiorul normelor societare. Dilema poate apărea şi în privința abordării sistematice a grupurilor de societăți. Din punct de vedere al politicii normative este de ales între a recunoaşte fiecărei societăți din grup o autonomie internă şi de impunere a unei unități în fața terților sau, din contră, de a considera un grup ca reprezentând în primul rând o unitate internă de funcționare şi o pluralitate în relația cu terții[3]. Dilemele şi greutatea reglementării unitare a grupurilor face ca legislațiile naționale, inclusiv cea europeană, să amâne momentul legiferării (cu excepția sistemului normativ german).

---

[1] Reglementările societare postulează o independență a societăților. *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 624.

[2] *C. Gheorghe*, Structuri suprasocietare. Grupurile de societăți, în RDC nr. 3/2005.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 677.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

760. Noțiune. Grupurile de societăți sunt în primul rând realități economice[1], structuri suprasocietare care nu pot fi ignorate din punct de vedere juridic. Totuși, acestea nu au o reglementare coerentă și nici o recunoaștere normativă distinctă. Grupurile de societăți au totuși reglementări speciale și delimitări conceptuale, dacă nu în sine, cel puțin pentru uzul unor domenii sensibile în care existența lor nu poate fi ignorată.

Grupul de societăți reprezintă în esență un ansamblu de societăți cu individualitate juridică distinctă, dar dependente din punct de vedere economic, al controlului și deciziilor de o societate-mamă (sau de un centru comun de decizie exterior). Într-o formulare clasică grupul este un ansamblu de societăți independente juridic, dar în fapt supuse unei unități de decizie economică[2].

Trăsătura specifică este una de natură economică, juridic rămânând a defini și studia modul în care se realizează relațiile de control. Grupul suprasocietar nu are personalitate juridică, subsecvent, nici patrimoniu propriu. Controlul unic al structurii suprasocietare face însă ca efectele juridice în domenii strict limitate să fie evidente și necesar a fi reglementate.

Neexistând o reglementare unică, fiecare domeniu special de interes și-a definit în mod propriu grupul de societăți, pentru soluționarea propriilor efecte juridice reglementate. Din această cauză, modul de definire a conceptelor este limitat la sfera de interes specifică, iar o tratare generală, o translatare a conceptelor din planul particular în planul general al grupului de societăți ca gen pare contraindicată.

Lipsa unei reglementări unice nu poate fi suplinită prin extrapolarea noțiunilor din domeniile reglementate în scopul desenării unice a conceptului, în lipsa unor norme de trimitere exprese.

761. Modalități generale de realizare a grupului de societăți. Suprastructurile societare apar în urma interacțiunilor economice. Din această cauză *legăturile contractuale* reprezintă o modalitate naturală de formare a grupurilor. Această cale este și cea mai fluidă, cea mai schimbătoare și imperceptibilă modalitate de instaurare a relațiilor de coordonare tipice grupului de societăți. Depășirea cadrului contractual normal prin realizarea unor relații puternice și stabile între societăți poate scăpa unei scrutări superficiale. Raporturile juridice dintre societăți sunt normale însă doar în anumite situații acestea dau naștere și la relații de control. Deși par ușor reversibile, raporturile juridice stabile pot crea dependență și control între societăți prin crearea unor exclusivități contractuale sau fortuite economic care fac din societăți aparent independente juridic prizonieri ai co-contractanților lor.

Legăturile financiare reprezintă calea obișnuită de creare a suprastructurilor societare. Deținerile în capitalul altor societăți cu personalitate juridică, deținerile reciproce sau structuri de capital complexe creează dependențe prin exercitarea drepturilor de vot și în final prin controlului în societățile deținute. Legăturile structurale sunt modalitățile cele mai vizibile de manifestare a grupurilor de societăți. Tendința de extindere și dominare pe anumite segmente economice se realizează nu numai prin dezvoltarea spre dimensiuni gigantice a unei societăți, dar și prin subordonarea altor societăți pe calea

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 809.
[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 625.

dobândirii titlurilor lor sau prin înființarea de societăți controlate aprioric de aceeași entitate decizională. Grupurile financiare au o reflectare juridică în noțiunea de *filială*, societate independentă înființată sau controlată prin dobândirea ulterioară a majorității titlurilor emise de aceasta. O astfel de structură ierarhică poate fi multiplicată prin înființarea în continuare de noi filiale, dependente de societatea mamă. Pe lângă structurile ierarhice, de tip societate mamă filială legăturile financiare pot fi realizate și pe orizontală, prin constituirea de societăți de aceeași asociați (*societățile surori*)[1], societăți care se bucură de o coordonare comună.

Alături de aceste căi sunt reținute și *legăturile structurale*[2] realizate pe calea fuziunilor sau divizărilor, dar acestea sunt deja suprareglementate și sunt însoțite de efecte juridice bine stabilite, inclusiv în privința personalității juridice.

762. Viziunea europeană. Problematica grupurilor de societăți a făcut obiectul preocupării Comisiei Europene, încă din 1984 (Directiva a IX-a a societăților), inițiativă care nu a atins consensul european, neatingând nici faza de propunere legislativă, rămânând în formă de proiect (care a ajuns să fie analizat de doctrina).

Insuccesul propunerii de directivă propuse provine din situația sistemelor normative naționale ale majorității statelor membre, care nu conțin o reglementare expresă în domeniu. Excepția notabilă și sursa de inspirație pentru directiva europeană o reprezintă legiferarea germană a grupurilor de societăți[3]. Realitatea generatoare a *legii germane* este aceea că în marea majoritate a societăților deciziile nu sunt opera organismelor statutare, ci ele sunt luate în afara acestor organe, în parte pe baza înțelegerilor între întreprinderi. Grupul este definit ca un ansamblu format dintr-o societate dominantă și una sau mai multe societăți dependente aflate sub conducerea unitară a entității dominante[4]. Departe de a incrimina aceste practici reglementarea germană își propune dezvăluirea legăturilor de grup și protecția creditorilor și a acționarilor minoritari. Scopurile reglementării germane a grupurilor (*Konzernrecht*) privesc în primul rând informarea în privința constituirii poziției dominante, a controlului asupra altei entități (pragul de relevanță este deținerea a peste 25% din capitalul social) realizată prin intermediul unei notificări a societății dependente care este făcută publică în interesul creditorilor. Detaliile relației de grup vor fi dezvăluite odată cu consolidarea conturilor la nivelul grupului și au ca țintă urmărirea modului de transfer al profitului între entitățile controlate. Constituirea grupului va fi una contractuală, cu prevederea exactă a modului de control sau *de facto*, nefixată într-o formă scrisă. Dreptul german insistă pe dihotomia dominant/dependent pentru a defini un domeniu al societăților afiliate și în final pentru a delimita grupul de societăți. Înțelegerile dintre întreprinderi, grupul contractual pot prevede conducerea unei societăți de către alta sau modul de transfer al profiturilor.

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 637.

[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 804.

[3] Reglementarea grupurilor (*Konzernrecht*) a fost introdusă în Legea societăților pe acțiuni germană (*Aktiengesetz „AktG"*) în anul 1965 și rămâne un model de reglementare în domeniu (*http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf*).

[4] Art. 18 din Aktiengesetz „AktG" (*http://www.gesetze-im internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf*).

Scopurile reglementări sunt obținerea unui echilibru între interesele societății dominate și interesele acționarilor minoritari și creditorii societăților dependente.

763. Miza reglementării grupurilor. Problema cea mai sensibilă a reglementării grupurilor și principala piedecă în legiferarea unei reglementări europene a grupurilor este instituirea *răspunderii societăților mamă* pentru obligațiile societăților dependente ale grupului. Controlul unic la nivelul grupului realizat de societatea dominantă necesită o satisfacție dată creditorilor și acționarilor captivi ai societăților dependente. *Pentru creditori*, care contractează cu bună credință cu o societate independentă, existența unui control exterior societății contractante poate să fie de natură să le atingă gajul general reprezentat de patrimoniul social. În ultimă instanță, atât timp cât grupul se comportă în mod unitar și acționează ca o singură întreprindere riscul contractual și garantarea obligațiilor ar trebui realizată tot unitar, cu toate valorile patrimoniale disponibile. O asemenea viziune este probabil terifiantă pentru întreprinzători. Alegerea și diversificarea vehiculelor societare utilizate pentru activitatea economică de către întreprinzători are tocmai rațiunea localizării și limitării riscurilor operaționale la entitatea individuală folosită. Întreprinzătorul vrea să fie apărat de răspunderea limitată (*corporate veil*) a fiecărei societăți, vrea ca insuccesul realizat în operarea unor societăți, în limitele activității comerciale licite, să rămână în acea zonă, nu să molipsească și celelalte componente ale grupului. La limită, extinderea răspunderii la nivelul întregului grupului face inutilă crearea de arhitecturi societare distincte, la alocarea resurselor în societăți distincte. Operarea unei singure entități l-ar pune pe investitor în aceeași poziție.

Dincolo de situația creditorilor, situația *acționarilor minoritari* reclamă protecție. Dacă societatea lor este sau devine o societate dependentă sunt compromise scopurile asocierii. Societatea dependentă poate fi desemnată să realizeze economii la nivelul grupului, să sprijine realizarea profitului de alte societăți, decât să urmărească scopul unic societar: obținerea de beneficii sau realizarea de economii pentru asociații proprii. În această situație acționarii captivi reclamă de obicei un drept special de retragere față noile scopuri și poziția dependentă a societății.

Dreptul german al grupurilor (Konzernrecht) accesează această problematică a răspunderii societăților dominante pentru obligațiile societăților dependente și dreptul de despăgubire al acționarilor captive în societățile dependente[1]. Soluțiile sunt însă limitate și supuse unei interpretări oficiale destul de restrictive.

764. Situația *de lege lata*. Reglementarea globală a domeniului grupurilor de societăți se lovește de nevoia de expansiune a societăților și de protecția clasică oferită de șabloanele societare. O abordare normativă agresivă a domeniului ar bulversa dreptul afacerilor și percepția deterministă pe care o oferă tipurile de societăți, și răspunderea limitată, la proiectarea unor activități de anvergură.

Directiva a IX-a de drept societar preconiza o preluare a soluțiilor de drept german în privința reglementării grupurilor de societăți la nivelul Uniunii. Remediile și țelurile

[1] Art. 309 și 310 din Aktiengesetz („AktG") (*http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf*).

reglementării urmau același clase de persoane de obicei prejudiciate de formarea grupurilor: creditorii societăților dominate, acționarii minoritari și lucrătorii[1].

Dacă o reglementare globală europeană nu pare a mai fi de actualitate, Comisia Europeană își propune măcar instituirea unor reguli-cadru în privința societăților dintr-un grup care să permită respectarea drepturilor creditorilor unei societăți și existența unui „echilibru echitabil în timp între obligații și avantaje pentru acționarii societății"[2].

Dezechilibrul care poate să apară la nivelul unor societăți dintr-un grup de societăți este manifest. Conducerea coordonată la nivel de grup nu trebuie să afecteze interesele individuale ale fiecărui membru (societate) al grupului, pentru asigurarea respectării drepturilor creditorilor și a celorlalți acționari, minoritari, ai societăților particulare.

Lipsa reglementării unitare a grupurilor de societăți este resimțită din plin în legislația secundară europeană fiindcă în orice materie în care este necesară impunerea de reguli pentru controlul dintre societăți este redefinită, *ab initio*, noțiunea de *control, influență* etc. Practic este definit în mod particular grupul de societăți.

În materia *consolidării situațiilor financiare* grupurile de societăți au o reglementare europeană completă impusă de raportărilor financiar-contabile[3]. Pentru desenarea noțiunii de grup de societăți, directiva se sprijină pe noțiunile de *societate-mamă* și *filială*, *control* – direct sau indirect – și *influență dominantă*. Perimetrul de consolidare care echivalează cu identificarea societăților din grup este trasat de controlul direct sau indirect exclusiv[4]. Ridicându-se la nivel general, textul directivei lărgește accepțiunea de grup prin asimilarea condiției influenței dominante ca modalitate de definire a grupului, dar și prin completarea controlului clasic al societății-mamă asupra filialei cu conducerea în mod unitar a societății-mamă și a filialei[5].

Sistematizând normele europene privind grupurile de societăți, în lipsa reglementării unitare așteptate, se remarcă directivele privind societățile[6], privind piețele reglementate precum și domeniul special al dreptului concurenței[7].

---

[1] Proiectul de directivă nu a atins stadiul de propunere a Comisiei UE și o publicare oficială a acestuia nu există. Din această cauză nu există decât variante neoficiale sau intermediare ale proiectului.

[2] Comunicare a Comisiei Europene către Consiliul și Parlamentul European – „Modernizarea dreptului societăților comerciale și reguli sporite de guvernare corporativă în Uniunea Europeană – Un plan de dezvoltare" (COM/2003/0284).

[3] Directiva a VII-a 83/349/CEE din 13 iunie 1983, cu modificările ulterioare.

[4] Art. 1 alin. (1) lit. a)-d) din Directiva a VII-a 83/349/CEE.

[5] Art. 1 alin. (2) din Directiva a VII-a 83/349/CEE.

[6] Directivele privind societățile abordează problematica grupurilor de societăți în contextul dobândirii de către unele societăți a propriilor acțiuni (Directiva a II-a 77/91/CEE, consolidată și înlocuită de Directiva 2012/30/UE) și mai ales în contextul raportărilor financiare și al regulilor privind consolidarea conturilor (Directiva a VII-a 83/349/CEE).

[7] Relevanță deosebită are reglementarea concentrărilor economice, ca domeniu al reglementărilor privind concurența. Izvorul normativ este reprezentat de Regulamentul nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor de întreprinderi, regulament care a înlocuit, de la 1 mai 2004, regulamentul anterior în domeniu, nr. 4064/89.

Secțiunea a 2-a. Constituirea grupurilor de societăți

765. Introducere. La origine grupurile au un *caracter industrial*, respectiv sunt rezultatul extinderii activității unei societăți. Aceasta desfășoară activități economice ea însăși și dobândește participații la societăți care realizează aceleași activități sau activități complementare. În acest mod grupul este o modalitate de coordonare a activității economice și extindere în domeniul respectiv. Tendința ulterioară este de transformare a grupului industrial în *grup financiar*. În acest caz societatea mamă se concentrează pe administrarea participațiilor la filiale, pe realizarea unei administrări unitare a societăților. Societatea mamă nu mai realizează ea însăși activități economice directe, devine o societate de tip holding care administrează deținerile la alte societăți[1].

Tipic pentru grup este lipsa *personalității juridice* și a reglementării unitare proprii. Totuși exploatarea în comun a societăților afiliate de către o societate dominantă face ca întreg grupul să acționeze ca o întreprindere distinctă. Grupurile financiare sunt construite prin dobândirea de participații la alte societăți, modalitate prin care se realizează controlul asupra acestora. Avantajul unei astfel de structuri este obținerea controlului prin deținere directe sau indirecte de capital. Se afirmă că deținerile indirecte optimizează folosirea capitalului propriu. Dacă o filială este deținută în proporție de 50% din capital, iar aceasta la rândul ei controlează altă filială în aceeași proporție, prin multiplicarea în cascadă de societăți controlul este realizat cu un efort financiar din ce în ce mai mic. Se obține un *efect de levier*, de dobândire a controlului cu resurse din ce în ce mai puține[2]. Reversul acestei multiplicări este înmulțirea acționarilor independenți din astfel de societăți, acționari captivi care pot fi prejudiciați de funcționarea sincronizată a societăților pentru un scop diferit de cel societar individual.

766. Structuri de grup. Filiala. Legea societăților definește în mod incomplet filiala, grija legiuitorului fiind aceea de diferențiere a acestora față de sucursala și alte sedii secundare prin declararea individualității juridice a filialei. Aceasta este o societate cu personalitate juridică înființată în una dintre formele instituite de lege (art. 42 LS). Tratarea prin raportare la sucursală nu surprinde esența filialei. Aceasta este o societate înființată și controlată de altă societate fondatoare. Este o societate dependentă din punct de vedere economic, deși are personalitate juridică proprie. Legea societăților nu reține modalitatea de realizare a controlului, dar acesta rezultă implicit: prin participația societății fondatoare la înființarea societății filială. În mod tradițional comercial filiala este o societate în care societatea mamă deține peste jumătate din titlurile de participare. O astfel de situație atrage un control total și exclusiv asupra filialei. Totuși acest nivel de deținere nu este neapărat necesar pentru realizarea controlului. Societățile dependente, aflate sub controlul societății dominante pot să nu cadă exact sub definiția filialei, respectiv controlul poate fi realizat prin participații la capitalului social inferioare limitei de jumătate din capitalul social. Societatea filială este o specie de societate dependentă, însă nu este unica specie deși deseori noțiunea de *filială* este folosită pentru a desemna orice societate dependentă.

---

[1] *Ph. Merle*, op. cit., p. 816.
[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 810.

Crearea grupului de societăți implică un *element obiectiv*, respectiv o altă societate deține un procent semnificativ din capitalul altei societăți, dar și un *element subiectiv, volițional*. Simpla deținere materială de participații nu este suficientă noțiunii de grup de societăți. Este necesar ca societatea dominantă să urmărească efectiv exercitarea controlului asupra societăților dependente, să realizeze o coordonare unică a activității grupului. Influența asupra societăților trebuie să fie una efectivă, nu potențială[1]. Plasamentele financiare în titluri ale societăților, chiar dacă depășesc pragurile de control, nu dau naștere unei structuri de grup în lipsa exercitării efective a influenței și a conducerii unitare a societăților.

Legea societăților nu abordează în mod direct problematica societăților dominante și nu definește controlul prin fixarea unor situații în care acesta se prezumă. Din această cauză grupul de societăți este o noțiune fără reprezentare normativă în dreptul nostru comun. Distincția între control de drept și control de fapt, respectiv între atingerea unor praguri de deținere prestabilite și exercitarea influenței dominante și în lipsa atingerii acestui criteriu obiectiv este străină dreptului nostru[2].

Din punctul de vedere al arhitecturii ierarhice a grupurilor se poate distinge mai multe tipuri de grupuri financiare. *Grupurile piramidale* includ o societate dominantă de tip holding care deține participații la filiale și acestea la rândul lor la alte filiale într-un o construcție care se poate ramifica din ce în ce mai mult. *Grupurile radiale* sunt centrate pe o societate mamă care controlează în mod direct un număr de filiale ale grupului. *Grupurile circulare* au bază controlul direct între societăți care se închide în punctul de plecare; ultima filială controlează prima societate din lanț[3]. Aceste structuri sunt unele în stare pură, fiindcă grupurile din economia reală combină mai multe tipuri de structuri pentru a răspunde nevoilor lor practice.

Structurile de grup de tip financiar au la bază noțiuni destul de difuze juridic, precum controlul și influența dominantă. Lucrurile devin și mai difuze în practică odată cu exercitarea *controlului comun* asupra aceleiași filiale, respectiv două societăți înființează o filială pe care o dețin în proporții egale. Din punct de vedere al grupului de societăți avem o filială controlată în comun și putem delimita două grupuri de societăți, bazate pe controlul diferit sau un singur grup, bazat pe controlul comun. În acest punct putem accepta structuri de *grupuri bi- sau multipolare* în care rolul de societate dominantă nu este unic.

În concluzie, lipsa de reglementare explicită a grupurilor lasă societăților o libertate totală de organizare și poziționare ierarhică una față de altele. Marele avantaj al lipsei de reglementare este libertatea largă lăsată întreprinderilor pentru interacțiune și poziționare economică una față de alta.

767. Structuri de grup. Grupurile personale. Alături de grupurile create în jurul dihotomiei societate dominantă/dependentă există și grupurile născute din înființarea succesivă de societăți de către aceiași acționari, în proporții și configurații care pot diferi de la societate la societate. În acest caz conducerea comună nu se sprijină pe o societate dominantă, ci pe un acționariat, respectiv administratori, comuni.

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 628.
[2] *Ph. Merle*, op. cit., p. 815.
[3] *Ph. Merle*, op. cit., p. 817.

Acestea sunt *grupurile personale*[1], grupurile în care persoana acționarilor sau administratorilor este cea care realizează în mod direct coeziunea de grup, fără să fie necesară deținerea de participații între societăți. Grupurile financiare și personale nu sunt specii pure decât în teorie, în practică cele două modalități coexistând de obicei în cazul grupurilor de societăți.

768. Constituirea grupului. Lipsa personalității juridice a grupului face ca procesul de constituire a grupului să scape oricăror reglementări specifice și se bucură în consecință de libertate totală. Apariția grupului ține în general de constituirea de filiale, care se supun normelor societare specifice, sau de dobândirea de titluri de participare la alte societăți cu personalitate juridică deja existente. Această dobândire este supusă regulilor proprii de transfer aplicabile acțiunilor sau părților sociale. Cu excepția notabilă a societăților listate, dobândirea controlului și apariția relațiile de tip dominant/dependent nu-și găsesc reflectare juridică specifică.

Din punctul de vedere al societății supuse controlului nu sunt relevate efecte juridice directe și imediate. Societatea țintă a preluării controlului își păstrează personalitate juridică și, cel puțin aparent, nu resimte nicio ruptură în existența și activitatea sa[2]. Din punct de vedere juridic constituirea grupului nu introduce nicio noutate sau modificare în ordinea juridică existentă. Dobândirea controlului nu modifică cu nimic configurația persoanelor juridice implicate. Fiecare societatea își păstrează independența juridică și patrimonială. Deși efecte determinate direct de dobândirea controlului nu sunt relevate, efectele indirecte sunt importante. Schimbarea controlului pune problema prezervării elementului *affectio societas*, recunoscut și pentru societățile de capitaluri. Acționarii minoritari se pot găsi intr-o poziție dezavantajoasă în noua situație. Deplasarea centrului de control din interior în exteriorul societății ridică problema respectării interesului social atunci interesul grupului este diferit.

Secțiunea a 3-a. Funcționarea grupului de societăți

769. Efectele constituirii grupului. Lipsa personalității juridice face ca grupul de societăți să fie o realitate economică, o situație de fapt[3]. Existența juridică separată induce un *principiu al independenței societăților din grup*. Filiala este o societate distinctă care respectă regimul de funcționare a societăților ca orice altă specie societară. În realitate orice practician știe că astfel de silogisme legale, valide din punct de vedere juridic sunt contrazise total de evoluția economică. Dependența filialei de societatea mamă[4], lipsirea filialei de autocontrolul prezumat din punct de vedere juridic

---

[1] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 637.

[2] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 658. Autorul distinge între transferul tuturor titlurilor și transferul majorității titlurilor, operațiuni care ar implica garanții și regimuri juridice diferite.

[3] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 666.

[4] *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 668. Autorul compară situația societăților din grup cu situația unei familii. Soții și copii sunt persoane distincte, dar regimul matrimonial și familial este cel ce guvernează raporturile părților.

face din personalitate juridică şi autonomia patrimonială superbe iluzii. Terţii trebuie însă accepte aceste iluzii. Faţă de ei filiala va fi reprezentată doar de reprezentanţii ei, organele ei statutare vor fi singurele vizibile din exterior. Ei sunt ţinuţi să vadă filiala izolat, în individualitatea sa juridică, fiindcă acesta este subiectul de drept cu care eventual intră în raporturi juridice.

Consecinţa directă a acestui tablou eronat al independenţei juridice este lipsa oricărei răspunderi juridice a societăţii mamă pentru obligaţiile filialei, după cum nici aceasta nu poate fi ţinută pentru obligaţiile societăţii dominante. Chiar într-o procedură de insolvenţă a filialei creditorii nu pot atrage, ca regulă, răspunderea societăţii mamă pentru pasivul neacoperit al filialei. Una dintre excepţiile de la poziţia de ignorare normativă a grupurilor de societăţi este reprezentată de reglementarea fiscală a consolidării conturilor[1]. Această reglementare excede însă materia grupurilor şi urmează de fapt un izvor european punctual (Directiva a VII-a de drept societar).

770. Poziţia administratorilor societăţilor dependente din grup. Probabil poziţia cea mai ingrată în cadrului grupului de societăţi este aceea a membrilor organelor de administrare ale societăţilor dependente (administratori, directori, membri ai directoratului şi ai consiliului de supraveghere). Lipsa oricărei referiri normative la grupul de societăţi şi urmărirea cu obstinaţie a autonomiei patrimoniale a societăţii supune administratorii societăţilor dependente unor forţe contradictorii. Este de la sine înţeles că funcţionarea grupului de societăţi şi realizarea coordonării şi controlului societăţii-mamă asupra filialei se realizează prin intermediul reprezentanţilor filialei, persoanele prin care filiala participă la raporturi juridice cu terţii. Principiul autonomiei filialei impune pentru administratori respectarea strictă a mandatului lor legal şi statutar; mandant fiind întotdeauna filiala, nu societatea-mamă. Obligaţiile de diligenţă, loialitate, confidenţialitate etc. (art. 144[1] LS), ale administratorului au ca creditor strict societatea filială, persoană juridică distinctă. Aceste temeiuri vor fi invocate de acţionarii minoritari şi eventual creditori în cazul scrutării actelor juridice încheiate de administratori. Existenţa unor relaţii de grup nu reprezintă o apărare validă pentru administratori (chiar dacă aceştia pot invoca existenţa unor hotărâri ale adunării generale luate pe baza controlului de grup). Normele juridice privind *conflictul de interese* şi actele juridice încheiate în interiorul grupului pun administratorii într-o poziţie ingrată. Răspunderea administratorilor pentru încadrarea în limitele mandatului lor legal şi convenţional faţă de filială transcende domeniul privat şi se regăseşte în domeniul penal. Astfel, constituie infracţiune fapta administratorului care *foloseşte, cu rea-credinţă, bunuri sau creditul de care se bucura societatea, într-un scop contrar intereselor acesteia sau în folosul lui propriu ori pentru a favoriza o altă societate în care are interese direct sau indirect* [art. 272 alin. (1) pct. 3 LS][2]. Or societatea-mamă,

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial european, op. cit., Capitolul VIII, Secţiunea a 2-a.

[2] Este adevărat că infracţiunea conţine o cauză de nepedepsire tocmai în privinţa grupului de societăţi, respectiv nu constituie infracţiune faptele săvârşite de administratorul, directorul sau reprezentantul legal al societăţii în cadrul unor operaţiuni de trezorerie între societate şi alte societăţi controlate de aceasta sau care o controlează, direct ori indirect [art. 272 alin. (2) LS]. Din punct de vedere juridic sfera acestor operaţiuni de trezorerie nu este deloc acoperitoare

prin coordonarea la nivel de grup urmăreşte tocmai utilizarea resurselor filialei în interesul grupului, adică al său şi al altor societăţi dependente din grup.

Dacă din punct de vedere teoretic administratorii pot fi compătimiţi pentru dilema în care se află, în practică situaţia este destul de simplă. Administratorii sunt conştienţi de puterea decizională care îi numeşte şi îi revocă şi se conformează strict *forţei dominante* din grup. Chiar şi în societăţile cu adevărat independente administratorii răspund în fapt în faţa majorităţii care îi numeşte şi confundă interesul majorităţii cu interesul social. Din păcate şi optica jurisprudenţei este orientată spre o viziune aşa-zis pragmatică: voinţa majorităţii este voinţa societăţii.

În aceste condiţii acţionarii captivi trebuie să caute instrumente juridice de protecţie împotriva majorităţii în primul rând, şi împotriva intereselor de grup care contravin intereselor societăţii în plan secund. O întreprindere cu adevărat sisifică.

771. Lipsa reglementării naţionale unitare. Din perspectiva dreptului român, problematica grupurilor de societăţi este o noţiune nouă[1]. Faţă de lipsa anterioară de reglementare, legiuitorul român nu a făcut decât, în acest caz mai mult decât în alte locuri, să importe în mod direct referirile europene la grupurile de societăţi. Din această cauză, împrumutând şi lacunele europene în domeniu, dreptul românesc nu cunoaşte o consacrare legislativă a noţiunii, nici un izvor unic de reglementare. Mai mult, normele incidente se opresc de cele mai multe ori la transpunerea directă a textului european, fără să avanseze în legiferare, chiar dacă textele directivelor indicau această urmare. Oprindu-se de cele mai multe ori în litera textului european, legiuitorul român abdică de la aşteptările de reglementare, coerentă şi completă, ale destinatarilor legii. Efortul de implementare este preluat în unele cazuri în mod direct de autorităţi administrative autonome sau ministere (A.S.F., B.N.R., Consiliul Concurenţei, Ministerul Finanţelor) care, în lipsa unui cadru normativ cu putere de lege actualizat, se situează adesea la limita (sau dincolo) de competenţele lor normative.

772. Remedii de drept privat în materia grupurilor de societăţi. Codul civil nu conţine, bineînţeles vreo referire la materia grupurilor. Noutăţile sale de reglementare, în privinţa persoanei juridice, a întreprinderilor şi societăţilor, pot fi observate şi din perspectiva materiei nesoluţionate a grupurilor de societăţi. *Personalitatea juridică a grupurilor* este o problemă care are nevoie de o soluţionare expresă, altfel ea fiind, în mod tradiţional, refuzată acestor structuri suprasocietare. Totuşi una din inovaţiile Codului civil constă tocmai în extinderea noţiunii de persoană juridică, dincolo de limitele ei tradiţionale. Definirea persoanei juridice prin elementele sale constitutive necesare şi suficiente, organizare de sine-stătătoare, patrimoniu propriu, afectat realizării unui anumit scop licit si moral, în acord cu interesul general (art. 187 C.civ.) şi recunoaşterea calităţii de persoană juridică *ope legis,* chiar dacă grupurile nu sunt declarate de lege persoane juridice (art. 188 C.civ.), fac necesară verificarea sub acest regim legal a personalităţii juridice a grupurilor de societăţi. Condiţia patrimoniului propriu ridică primele semne de întrebare în privinţa grupului de societăţi. În lipsa unui

---

pentru actele administratorului. Este de remarcat definirea rapidă, *ad-hoc*, a grupului de societăţi pentru scopul reglementării.

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 345.

act (protocol, înțelegere) de constituire a grupului din societățile membre se poate susține cu greu existența unui patrimoniu rezultat din juxtapunerea patrimoniilor societăților din grup. Existența unor acționari sau asociați independenți exclude o dispoziție totală a societății dominante asupra filialelor, un patrimoniu unitar al grupului. Cerințele privitoare la organizare proprie și scop licit și moral sunt satisfăcute întotdeauna de grupul de societăți fiind chiar de esența acestei noțiuni. În concluzie personalitatea juridică nu poate fi conferită grupurilor nici *de facto* cu excepția situației particulare a acordurilor de constituire a grupurilor când se poate solicita constatarea existenței persoanei juridice, deși soluția pare aventuroasă.

Calitatea de întreprindere a grupului de societăți pare mai ușor de abordat. Noțiunile dreptului comercial de întreprindere și profesionist pot fi aplicate realității reprezentate de grupurile de societăți (cu aprecierile conținute în Titlul II, Instituții de drept comercial din prezentul curs). Rememorăm faptul că, în exprimarea laconică a Codului civil (art. 3) profesionistul este subiectul de drept, iar întreprinderea este doar forma de organizare a activității sale. Grupul, ca formă de organizare are caracterele unei întreprinderi, respectiv reprezintă o formă organizată de desfășurare sistematică de activități economice. Caracterul de întreprindere poate recunoscut grupurilor de societăți ca întreg. Situația este însă similară societății simple, respectiv forma de întreprindere nu soluționează problema profesionistului, a persoanei de drept care exploatează întreprinderea. În stilul dreptului italian propuneam pentru profesionist a treia variantă (*tertium genus*) față de persoana fizică sau juridică, colectivul de persoane care nu are conferită personalitatea juridică. În concluzie calificarea grupurilor de societăți de întreprinderi (colective) nu aduce nimic nou în privința acestora.

Societatea simplă poate fi și ea scrutată din perspectiva grupurilor de societăți. Calificarea în acest sens a grupurilor, ca formă societară fără personalitate juridică conferă o reglementare completă grupurilor, inclusiv în privința răspunderii membrilor pentru obligațiile grupului văzut ca întreg. Această formă de întreprindere are la bază acordul de voință al membrilor și este aplicabilă inclusiv societăților de fapt. Din nou este necesar un acord de constituire a grupului pentru încadrarea în rigorile contractuale ale societății. În concluzie și soluțiile bazate pe Codul civil sunt puține în privința grupurilor de societăți, iar adoptarea lor ar fi cel puțin curajoasă.

Legea societăților conține un mecanism special de abordare a grupurilor, fără recursul la personalitatea juridică a construcției, dar bazat pe ideea de fraudă în funcționarea acestora. Este atins subiectul *tabu* al grupurilor, obligarea societăților dominante să suporte pasivul filialelor dizolvate, însă soluția nu este una directă, ci una condiționată de abuz și fraudă. Astfel, asociatul care, în frauda creditorilor, abuzează de personalitatea juridică distinctă a societății răspunde nelimitat pentru obligațiile neachitate ale societății dizolvate [art. 237^1 alin. (3) LS]. Soluția pare una atractivă în materia grupurilor de societăți, dar condițiile speciale de incidență fac din această prevedere una mai degrabă exotică decât funcțională.

Secțiunea a 4-a. Grupul de societăți în legislația societară

773. Abordarea societară generală. Dreptul societăților nu reglementează grupurile de societăți, structură fără identitate și personalitate juridică. Există însă situații în care reglementarea relațiilor de grup este necesară indirect, pentru a fi prevenită posibilitatea de eludare a normelor imperative prin folosirea de entități interpuse, controlate[1]. Identificarea relațiilor de control este necesară pentru prevenirea fraudei la lege. Un astfel de domeniu de interes pentru legiuitor este reprezentat de restricțiile severe în privința deținerii acțiunilor proprii, deja observate la societatea pe acțiuni (art. 103[1] LS). O metodă simplă, la îndemână pentru o societate, este aceea ca achiziționarea propriilor acțiuni să se facă nu în nume propriu, ci în numele unei societăți controlate, o filială. Atunci restricțiile impuse deținerii propriilor acțiuni trebuie extinse de la societatea mamă la nivelul întregului grup. Modalitățile de control pot fi mai subtile decât simpla deținere majoritară a drepturilor de vot ale societății-filială așa că trebuie definit mai exact controlul, practic perimetrul grupului de societăți. Trebuie definită populația de societăți dependente de societatea-mamă, prin mijlocirea cărora aceasta ar putea, în mod indirect, să-și dobândească propriile acțiuni, cu eludarea regimului legal.

774. Influența semnificativă. Regimul dobândirii propriilor acțiuni trebuie să fie aplicabil atât pentru societatea în sine, cât și pentru societățile care se află față de aceasta în relații de tipul celor dintre o filială și o societate-mamă. Legiuitorul a trasat foarte general perimetrul societăților care se află în relații de dependență cu o societate: alte societăți la care societatea pe acțiuni (dominantă) deține, direct sau indirect, majoritatea drepturilor de vot sau ale căror decizii pot fi influențate în mod semnificativ de societatea dominantă [art. 107[1] alin. (1) LS]. Noțiunea de *influență semnificativă* nu este explicitată. Ea se îndepărtează de fapt de reglementarea europeană (Directiva a II-a de drept societar, în prezent Directiva 2012/30/UE), care reglementează în domeniu „influența dominantă", noțiune care apărea și în legea română până în anul 2006[2]. În lipsa unor norme generale, delimitarea influenței semnificative rămâne a fi probată în cadrul concret și calificată ca atare de judecătorul cauzei, pe baza tuturor probelor administrate. Esențial este caracterul semnificativ (dominant în trecut) al influenței în sensul capacității societății-mamă de a controla, de a determina procesul decizional al societății dominante. Textul legal pare a se referi la o influență *in abstracto* pentru scopurile calificării, nu la decizia particulară de dobândire a acțiunilor societății dominante. Abordarea este corectă, fiindcă o simplă influență în sensul dobândirii acțiunilor transcende interesul și finalitatea normei. Doar o relație stabilă de dependență justifică extinderea regimului dobândirii acțiunilor și permite în final asimilarea acțiunilor dobândite de societățile dominate cu dobândirea propriilor acțiuni. O simplă conjunctură în privința influențării unor decizii particulare între societăți nu scuză consecințe atât de tranșante precum extinderea regimului de dobândire a propriilor

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial comunitar, op. cit., p. 351.

[2] Modificările respective ale legii societăților (prin care noțiunea de *influență dominantă* a fost înlocuită cu *decizii influențate în mod semnificativ*) au fost operate prin Legea nr. 441/2006.

acțiuni. De fapt, existența unor relații de tipul celor proprii unui grup de societăți este cea care justifică reglementarea legală.

Ceea ce urmărește legiuitorul, fără a se preocupa de grupurile de societăți, este preîntâmpinarea unei fraude la lege. Dobândirea propriilor acțiuni prin intermediul unei societăți controlate nu reprezintă decât o încercare de evitare a unui regim legal restrictiv. În acest caz dobândirea acțiunilor unei societăți dominate de către altă societate dominată, pe baza „rezoluției" aceleiași societăți-mamă (dominantă) poate scăpa reglementării legale. Delimitarea grupului de societăți, chiar pentru scopurile reglementării, este importantă pentru aplicarea corectă a normelor privind dobândirea propriilor acțiuni. Lipsa unei asemenea delimitări a grupului de societăți, la care să se aplice regimul legal, lasă situații practice nesoluționate. Norma legală se preocupă doar de o relație de tip „radial", dintre o societate dominantă și o societate dominată. Relațiile dintre societățile dominate însele, între membrii pe orizontală ai unui grup, nu sunt însă reglementate. Situația premisă este următoarea: două societăți se află sub un control comun, sub o influență unică a unei societăți dominante; în situația dobândirii reciproce de acțiuni între cele două societăți interdicțiile legale nu funcționează. Relațiile dintre societățile dominate nu se pot subsuma interdicției dobândirii propriilor acțiuni, cel puțin în soluția legiuitorului nostru. Coordonarea conducerii la nivelul grupului nu permite ierarhizarea relațiilor dintre două societăți dominate. Conducerea comună a două societăți nu permite calificarea relațiilor dintre doi „guvernați" ca fiind de tip dominant-dominat. Nici măcar indirect.

Lacuna textului provine din lipsa reglementării coerente a grupului de societăți. În prezența unei asemenea reglementări impunerea unui regim legal unic pentru dobândirea propriilor acțiuni ar fi facilă și comprehensibilă.

775. Izvoarele europene ale reglementării. Regimul dobândirii propriilor acțiuni, ca și remediile pentru încălcarea acestuia, reprezintă reglementări de drept european. Pornind de la tratatul de bază al Uniunii[1] scopul urmărit este acela al asigurării unei protecții adecvate a creditorilor și terților în privința societăților. Din acest punct de vedere și în realizarea acestui deziderat, legislația europeană secundară s-a preocupat de realitatea, menținerea și publicitatea obligatorie în privința capitalului social al societăților de tip societăți pe acțiuni. Pentru protecția terților și garantarea corespunzătoare a obligațiilor sociale, textele europene nu au admis societățile cu capital variabil și subsecvent, nici dobândirea propriilor acțiuni care are ca rezultat inducerea unei imagini deformate asupra capitalului social pe care îl afișează societățile.

Cunoscând prea bine lacunele legislative existente în privința reglementării grupurilor de societăți, directiva europeană (Directiva a II-a de drept societar, în prezent Directiva 2012/30/UE) recomandă ca statele membre să definească influența dominantă (devenită influență semnificativă în dreptul intern). Dacă statele procedează la această definire, trebuie calificate ca „influență dominantă" cel puțin două situații: societatea (dominantă) are dreptul de a numi sau revoca majoritatea membrilor organelor de gestiune sau supervizare și societatea are întregul control asupra

[1] Art. 54 parag. 2 TFUE.

majorității voturilor aferente acțiunilor prin înțelegeri încheiate cu ceilalți acționari[1]. Reglementarea deținerii propriilor acțiuni, atât direct, cât și indirect, prin intermediul societăților din grup, dominate, din dreptul european a fost translatată în dreptul național. Principala omisiune privește chiar delimitările care țin de noțiunea de *grup de societăți* (conceptul de *influență*), pentru care legislația europeană conținea un minim de reglementare.

Secțiunea a 5-a. Societăți tranzacționate pe o piață reglementată

776. Abordarea din perspectiva societăților listate. Spre deosebire de societățile necotate dobândirea controlului în privința societăților bursiere face obiectul unei reglementări atente. În mod indirect grupurile de societăți au cunoscut reglementări speciale în materia societăților listate (ale căror acțiuni sunt tranzacționate pe o piață reglementată). În acest caz noțiunea de *grup de societăți* (*grup* este conceptul definit de lege[2]) este explicit exprimată. Pentru scopul reglementării, legiuitorul delimitează societățile între care există legături speciale care le fac să acționeze în mod concertat. Legăturile dintre societăți, controlul, acțiunile concertate sunt specifice domeniului pieței de capital.

Legea pieței de capital, în spirit european și anglo-saxon, definește atent și aprioric semnificația termenilor cu relevanță juridică folosiți în cuprinsul său. Pentru materia grupurilor prezintă interes termenii de filială[3], grup[4] (de societăți), legături strânse[5], persoane implicate[6], persoane care acționează în mod concertat[7], societate-mamă[8].

777. Acțiunea concertată. Domeniul pieței de capital se dovedește suficient de mare astfel încât să coexiste delimitări normative diferite ale grupurilor de societăți pentru mai multe subdomenii. Depășirea pragurilor de deținere, legal stipulate, și ofertele publice de preluare obligatorii impun o explicitare a relațiilor dintre societăți.

Piața de capital cunoaște o obligație de ofertă publică, în beneficiul tuturor acționarilor, în sarcina și în cazul depășirii de către un acționar a unei anumite limite de deținere (33% din capitalul emitentului[9]). În prezența acestei obligații legiuitorul a trebuit să delimiteze o populație de societăți aflate sub control unic astfel încât obligația legală să nu poată fi eludată prin achiziționarea indirectă de acțiuni, prin intermediul persoanelor sau societăților controlate, prin intermediul relațiilor de grup. Obligația de ofertă publică este impusă în fapt tuturor societăților aflate sub un control comun care, împreună, depășesc limita legală de deținere, în beneficiul restului de acționari ai unui

[1] Art. 28 alin. (2) din Directiva 2012/30/UE.
[2] Art. 2 alin. (1) pct. 9 din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital.
[3] Art. 2 alin. (1) pct. 9 din Legea nr. 297/2004.
[4] Art. 2 alin. (2) pct. 9 din Legea nr. 297/2004.
[5] Art. 2 alin. (2) pct. 16 din Legea nr. 297/2004.
[6] Art. 2 alin. (2) pct. 22 din Legea nr. 297/2004.
[7] Art. 2 alin. (2) pct. 23 din Legea nr. 297/2004.
[8] Art. 2 alin. (2) pct. 27 din Legea nr. 297/2004.
[9] Art. 203 din Legea nr. 297/2004.

emitent. Şi în acest caz, pentru uzul reglementării speciale, legiuitorul a trebuit să traseze cât mai exact graniţele unui grup de societăţi.

Criteriul de definire a grupului de societăţi în acest caz este acela al „acţionării în mod concertat"[1], noţiune construită pe aceea de „persoane implicate"[2]. Noţiunile sunt mai largi decât accepţiunea curentă a unui grup de societăţi atât timp cât se referă atât la persoanele juridice, cât şi la persoanele fizice care pot acţiona în mod concentrat, singure sau împreună cu primele. Existenţa relaţiilor de grup atrage existenţa unei acţiuni concertate, fără însă ca modalităţile de constituire a grupului în sine să epuizeze posibilităţile de acţionare concertată.

Din definiţiile grupului, ca şi ale filialei şi societăţii-mamă, se observă preluarea noţiunilor specifice din materia consolidării conturilor fie în formă explicită[3], fie în formă implicită[4]. Nici prezumţia de acţiune concertată, unul din cazuri, nu priveşte expres membrii unui grup de societăţi, ci „societatea-mamă împreună cu filialele sale, precum şi oricare dintre filialele aceleiaşi societăţi mamă între ele"[5]. Deşi a definit un concept, grupul de societăţi, strădania conceptuală este irosită de legiuitor prin ignorarea lui ulterioare în corpusul legii, prin întoarcerea la elementele constitutive utilizate deja pentru construcţia conceptului.

778. Legături strânse. Noţiunea de *relaţii strânse* definită în introducerea legii pieţei de capital are relevanţă doar în domeniul societăţilor de servicii de investiţii financiare (SSIF), societăţilor de administrare a investiţiilor (SAI) şi operatorilor (societăţi) de pieţe reglementate. În toate cazurile A.S.F. (fost C.N.V.M.) poate refuza autorizarea entităţii reglementate, SSIF, SAI sau operator de piaţă reglementată, dacă entitatea în cauză, acţionarii sau administratorii ei „se află în legături strânse cu o altă persoană fizică sau juridică", iar aceste legături „împiedică realizarea atribuţiilor de supraveghere, potrivit prezentei legi"[6].

Legăturile strânse sunt definite ca relaţii de participare (deţinerea directă sau indirectă a 20% sau mai mult din drepturile de vot) sau de control (relaţii de tip

---

[1] Art. 2 alin. (2) pct. 23 din Legea nr. 297/2004.

[2] Art. 2 alin. (2) pct. 22 din Legea nr. 297/2004.

[3] Definiţia grupului trimite direct la regulile de consolidare a conturilor: „ansamblu de societăţi comerciale compus dintr-o societate-mamă, filialele sale şi entităţi în care societatea-mamă sau filialele sale deţin o participare, precum şi societăţile comerciale legate una de alta printr-o relaţie care face necesară consolidarea conturilor şi consolidarea raportului anual" [art. 2 alin. (2) pct. 9 din Legea nr. 297/2004]. Noţiunea de *grup* nu mai este folosită consecvent în textul actului – apare doar în materia fondurilor de compensare a investitorilor şi a organismelor de plasament colectiv. Mai mult, definiţiile ulterioare vor prefera reproducerea normelor din materia consolidării conturilor decât folosirea de norme de trimitere, ca în cazul definiţiei grupului.

[4] Definirea societăţii-mamă (*parent company*) este o preluare/compilare a normelor existente în privinţa consolidării conturilor, în încercarea de a condensa şi clarifica controlul direct şi indirect detaliat în acea materie. Art. 2 alin. (2) pct. 27 din Legea nr. 297/2004 [în fapt o preluare a art. 1 alin. (1) din Directiva a VII-a 83/349/CEE privind consolidarea conturilor].

[5] Art. 2 alin. (2) pct. 23 lit. b) din Legea nr. 297/2004.

[6] Art. 8 alin. (3), art. 10 lit. c), art. 58 alin. (2) şi alin. (3), art. 130 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 297/2004.

societate-mamă - filiale)[1]. Noțiunea este importată din directiva privind serviciile de investiții în valori mobiliare. Și în acest caz relațiile de grup reprezintă doar o specie a „legăturilor strânse", sfera noțiunii fiind mai largă. Legiuitorul nu folosește nici în acest domeniu noțiunea de *grup* pe care a definit-o expres în preambulul legii pieței de capital.

În domeniul pieței de capital ne aflăm în situația fericită a definirii normative particulare a grupului de societăți. Avantajul este anulat însă de consecvența cu care legiuitorul evită ulterior utilizarea noțiunii de grup (de societăți) în reglementarea sa.

Lipsa de reglementare unitară a grupurilor de societăți din legislația europeană s-a transmis în mod natural și în legislația română. Lipsa de unitate este cu atât mai vizibilă cu cât legea pieței de capital a reunit un număr mare de acte europene cu relevanță în privința grupurilor de societăți, acte care conțin fiecare o viziune diferită în privința delimitării societăților unite printr-o legătură de tip grup de societăți.

779. Convergența abordărilor grupurilor. Grupurile de societăți sunt realități practice foarte răspândite, realități parțial reglementate normativ. Departe de a reprezenta o practică ilicită, grupurile de societăți cunosc o reglementare nesistematică, pentru nevoile fiecărui domeniu comercial special în care existența lor nu poate fi negată. Nu este mai puțin adevărat că nedeclararea/nerecunoașterea relațiilor de grup, ca și efectul piramidal artificial, deținerea de participații la o persoană juridică de către alte persoane juridice, deținute la rândul lor de alte persoane juridice etc., fără o justificare economică reală, au în general ca scop eludarea dispozițiilor legale. Incompatibilități, limite de deținere, obligații specifice de raportare, autorizare etc., pot fi eludate prin intermediul entităților controlate, prin nedeclararea relațiilor de control. În ultimă instanță, doar *grupurile oculte* de societăți au ca scop fraudarea unor interdicții legale aplicabile în domenii particulare.

În sens larg, grupurile de societăți sunt arhitecturi suprasocietare care se bucură de o libertate neîngrădită, atât timp cât constrângerile organizatorice existente la nivel societar sunt necunoscute la acest nivel. Acesta este de fapt avantajul acestor structuri: lipsa oricăror limitări de „arhitectură" organizațională, avantaj care apreciem că trebuie păstrat.

În privința grupurilor oculte de societăți, cel puțin teoretic, acestea ar trebui să facă obiectul supravegherii corespunzătoare a autorităților administrative autonome proprii fiecărui domeniu comercial special, sensibil: Banca Națională a României[2] în domeniul bancar, A.S.F. în domeniul pieței de capital, Consiliul Concurenței etc. Astfel de autorități administrative sunt învestite cu prerogative de reglementare, de supraveghere și control, putând califica în mod expres, în cazuri particulare, structurile supuse analizei ca fiind de tip grup de societăți, din oficiu sau la cererea persoanelor prejudiciate de suprastructurile societare oculte.

---

[1] Art. 2 alin. (2) pct. 16 din Legea nr. 297/2004.

[2] Este relevantă în acest caz soluția normativă impusă de B.N.R. Calificarea relațiilor între societăți ca fiind relații de grup este conferită organului administrativ: O societatea mamă este și *orice entitate care, în opinia autorității competente, exercită efectiv o influență dominantă asupra altei entități* [art. 7 alin. (2) lit. a) și b) din O.U.G. nr. 99/2006].

Teme de dezbatere şi teste

A. Teme de dezbatere

1. GIE a fost gândit la data reglementării ca un tip de persoană juridică de drept privat cu destinaţie specială, diferit de societăţile (comerciale) de la acea dată. *Differentia specifica* a acestei entităţi este dată de impunerea unui scop aparte, restrâns la „înlesnirea sau dezvoltarea activităţii economice a membrilor săi, precum şi îmbunătăţirea rezultatelor activităţii respective". Specific pentru GIE este dezinteresul pentru profitul propriu şi sprijinirea activităţii membrilor fără a se realiza prin acesta aceasta o coordonare de tipul grupurilor de societăţi. Reconfigurarea dreptului privat şi a dreptului societăţilor a aşezat GIE într-o poziţie mai puţin individualizată faţă de societăţi comparativ cu momentul legiferării lor.

Soluţionarea naturii juridice a GIE este situată între reglementarea largă a societăţilor din Codul civil, unde această entitate nu este enumerată totuşi expres şi concepţia iniţială a originalităţii GIE şi implicit a separării de materia societăţilor. Care soluţie ar fi cea mai potrivită dintre două abordări pentru natura juridică a GIE şi care sunt implicaţiile fiecărei calificări propuse?

2. Societatea europeană (SE) este o specie de societate pe acţiuni (anonimă) bazată pe un element transnaţional obligatoriu, prezenţa a cel puţin două entităţi de naţionalităţi diferite, din UE, în procesul de constituire şi funcţionare a societăţii. Ţintele reglementării au vizat susţinerea conlucrării între întreprinderile europene de naţionalităţi diferite, dar şi conferirea de substanţă unui drept european material, al reglementării unor entităţi desprinse de dreptul naţional. După Tratatul de la Lisabona (2007) referirea la piaţa comună a fost exclusă în favoarea pieţei interne după cum referirile la comunităţi şi comunitar au fost înlocuite cu referire la Uniune pentru semnalizarea unui nivel nou de integrare.

În contextul noului nivel de integrare europeană, al conştientizării unei pieţe comune unice care mai sunt avantajele utilizării unei societăţi de tip SE care subliniază tocmai diferenţele de naţionalitate în interiorul unei pieţe declarate ca unice. Orice societate din piaţa internă este liberă să-şi desfăşoare activitatea fără îngrădiri în toate statele membre. În noul context al pieţei interne europene care mai sunt avantajele utilizării unei societăţi cu modalităţi restrictive de constituire? Care sunt perspectivele SE în contextul european prezent?

3. Ezitările europene şi naţionale de reglementare a grupurilor de societăţi ţin în special de subiectul sensibil al răspunderii unei societăţi pentru alta, de urmărirea unei societăţi din grup pentru datoriile alteia. Toţi fondatorii de societăţi de capitaluri se bazează în desfăşurarea activităţilor pe blindajul ferm al răspunderii limitate care limitează riscul întreprinderii la capitalul subscris. Modificările în acest domeniu sunt de natură să bulverseze dreptul afacerilor. Teoria saxonă preferată pentru abuzul de avantajele răspunderii limitate este una cu rezonanţă mai degrabă poetică: înlăturarea (penetrarea, de fapt) vălului societar (*piercing the corporate veil*). O astfel de construcţie este asimilată de câţiva ani şi în dreptul intern, respectiv răspunderea societăţii asociate (dominante) pentru datoriile neachitate ale societăţii dependente.

Mecanismul intervine doar la dizolvarea şi lichidarea societăţii dependente, şi doar în cazul fraudei în dauna creditorilor a asociatului dominant.

Răspunderea societăţii mamă pentru datoriile neachitate ale filialei are un număr mare de premise: dizolvarea filialei, frauda creditorilor şi abuzul de personalitatea distinctă a filialei. În aceste condiţii, ale datoriilor neachitate în lichidare judiciară, creditorii au deschisă şi calea insolvenţei, cu acţiunea în răspundere pentru persoanele responsabile de starea de insolvenţă. Care sunt diferenţele între cele două modalităţi de atrage a răspunderii şi care oferă şanse mai mari creditorilor filialei?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Grupul de interes economic (GIE). Caracteristicile tipului de întreprindere.
2. Administrarea GIE.
3. Grupul de interes economic. Condiţii de constituire şi diferenţe faţă de societăţi.
4. Societas Europaea (SE). Modalităţi de constituire.
5. Administrarea unei SE.
6. Principiile cooperaţiei şi constituirea SCE.
7. Modificarea şi încetarea societăţii cooperativă.
8. Grupurile de societăţi. Noţiune şi structuri.
9. Constituirea grupurilor pe piaţa de capital.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Grupul de interes economic:
a) urmăreşte obţinerea de profit operaţional;
b) este o persoană juridică fără scop lucrativ;
c) implică ca regulă răspunderea nelimitată a membrilor.

2. Societatea europeană se constituie:
a) doar cu aprobarea Comisiei Europene;
b) doar în forma unei societăţi în care asociaţii răspund limitat;
c) cu participarea tuturor statelor membre.

3. Societatea cooperativă este ca regulă:
a) o persoană fără scop lucrativ;
b) guvernată de principiul majorităţii deţinerilor din capitalul social;
c) bazată pe activitatea dezinteresată a cooperatorilor.

BCU IAŞI - FONDUL UNIVERSITAR LIBRARY

Bibliografie specifică

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Georgescu, I.L., Drept comercial român, vol. II, Restitutio, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002.

Gheorghe, C., Drept comercial comunitar, Ed. Logisticon, Bucureşti, 2005.

Gheorghe, C., Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Gheorghe, C., Dreptul pieţei de capital, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Guyon, Y., Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), 12e éd., Economica, Paris, 2003.

Merle, Ph., Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011.

Nemeş, V., Drept comercial, Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL IX
Titlurile de credit

Cuprins

Capitolul I. Titlurile de credit. Noțiuni generale
Capitolul II. Cambia
Capitolul III. Biletul la ordin
Capitolul IV. Cecul
Teme de dezbatere şi teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Titlurile de credit. Noțiuni generale

780. Introducere. Activitatea economică reclamă celeritate și simplificare în circuitul mărfurilor și al drepturilor și obligațiilor constituite asupra acestora[1]. Înglobarea dreptului comercial în dreptul privat face ca asemenea necesități și soluții de drept comercial să fie considerate ca aparținând întregului drept privat. Trebuie reținute rădăcinile comerciale ale titlurilor de credit, soluția pe care o oferă acestea creditului și activităților economice. Crearea unui circuit al înscrisurilor de valoare, ce constată drepturi pentru posesorii legali, paralel cu circuitul mărfurilor din care acestea derivă a reprezentat o adevărată revoluție comercială. Separarea titlurilor de posesia directă a mărfurilor a fost urmată de crearea unui circuit al titlurilor independent de raporturile juridice având ca obiect bunurile din care acestea au provenit. Această inovație a impulsionat creditul și extinderea activităților economice în general.

Vânzarea cumpărarea de bunuri este realizată, în dreptul comercial în principal, prin decalarea plății față de încheierea actului juridic și predarea bunurilor. Această modalitate a obligației de plată, termenul, semnifică în fapt o creditare pe termen scurt a cumpărătorului de către vânzător. Se naște o creanță a vânzătorului față de cumpărător, de natură contractuală. Cumpărătorul beneficiază de creditul oferit, de amânarea plății creanței sale. Vânzătorul (creditorul) pe de altă parte poate să transfere creanța sa pe calea oferită de dreptul comun: cesiunea de creanță. Circulația creanței pe această bază permite inconveniente. În primul rând cesionarul nu poate dobândi decât drepturile cedentului său (nu are un drept propriu) care sunt afectate de apărările și excepțiile pe care debitorul sau posesorul anterior al titlului (în cazul unor transmiteri subsecvente) le putea ridica împotriva cedentului (art. 1582 C.civ.). Practic nimeni nu poate transmite mai mult decât deține el însuși, conform adagiului *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, fapt ce induce o insecuritate pentru circuitul creanței și pentru cesionar[2]. În al doilea rând circulația pe cale cesiunii de creanță este îngreunată de formalități de opozabilitate față de debitorul cedat (art. 1578 C.civ.) și față de terți (art. 1583 C.civ.).

Inovația titlurilor de credit constă în emiterea unor înscrisuri speciale constatatoare a creanțelor (care pot proveni precum în cazul anterior) și asigurarea circulației lor independent de raportul juridic din care provin și într-un mod formalizat, dar simplificat (*gir*). În acest mod poziția vânzătorului din exemplul anterior este mult ușurată. El poate transmite foarte ușor creanța independentă constatată de titlul său, obținând o refinanțare prin tehnica numită *scontare*, respectiv va obține valoarea creanței diminuată cu o taxă dată de perioada de timp până la scadență și achitarea efectivă a creanței.

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 133.

[2] Această transmitere a viciilor inițiale ale actului induce o insecuritate a circulației juridice ulterioare. *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 569.

781. Noțiune și izvoare juridice generale. Circulația titlurilor în mod independent față de raportul juridic care are în conținut dreptul transmis, dar mai ales simplificarea acestei circulații și eliberarea ei de formalismul cesiunii de creanță reprezintă avantaje foarte mai pentru activitatea economică. Eliberarea dreptului subiectiv de conținutul raportului juridic din care a luat naștere și circulația lui independentă este denumită în mod tradițional *încorporarea dreptului* în titlu. În privința denumirii titlului independent relevat este folosită în mod tradițional denumirea de *titlu de credit*. Față de existența unor specii de titluri care nu realizează efectiv funcția economică a creditului, ci a plății (cecul), a fost propusă și denumirea de *titluri de valoare* (comerciale). Deși noțiunea de *titlu de valoare*[1] se dorește mai încăpătoare, cele două noțiuni sunt percepute de obicei ca interschimbabile și sinonime.

Titlul de credit (sau de valoare) este perceput în doctrina ca un înscris temeiul căruia posesorul său legitim are dreptul să exercite, la o dată determinată, dreptul arătat în cuprinsul lui[2], sau ca documentul necesar și suficient pentru obținerea de la debitor a prestației pe care acesta o cuprinde[3].

În mod tradițional titlurile de credit nu aveau o reglementare legală decât prin speciilor proeminente (efecte de comerț, valori mobiliare etc.). În prezent Codul civil nu ignoră această materie, prin tratarea ei lapidară în materia cesiunii de creanță și prin excepție de la ea. Codul civil folosește noțiunea simplă de *titlu*, după cum în tot cuprinsul său folosește în mod aproape egal noțiunile de *titlu de credit* și *titlu de valoare*, fără să tranșeze confuzia privind denumirea acestui instrument juridic. Materia cesiunii de creanță se detașează de circulația titlurilor (nominative, la ordin sau la purtător) cărora le este recunoscut un regim special de circulație (art. 1588 C.civ.). Independența, și în final securitatea circulației titlurilor este stabilită de Codul civil prin enunțarea faptului că debitorul nu poate opune deținătorului titlului excepții personale născute din transmiterea titlului, ci numai intrinseci titlului precum nulitatea titlului care se sprijină pe cuprinsul acestuia. Dacă apărările privind alte raporturi juridice anterioare nu sunt disponibile debitorului, acesta poate totuși folosi viciile raportului juridic direct pe care îl are cu posesorul titlului [art. 1589 alin. (1) C.civ.]. Doar frauda înlătură *prezumția de validitate* a titlului, iar debitorul poate folosi în acest caz toate apărările și excepțiile disponibile, inclusiv cele care privesc posesorii anteriori ai titlului [art. 1589 alin. (2) C.civ.].

Codul civil reglementează o obligație generală de plată a titlului de către debitorul „care a emis titlul" oricărui deținător care îi remite titlul (art. 1590 C.civ.). Circulația titlurilor este garantată astfel încât chiar și în cazul în care debitorul a emis un titlu la purtător, fără intenția de a fi pus în circulație, el rămâne ținut față de orice deținător ulterior de bună-credință (art. 1592 C.civ.).

Reglementarea din Codul civil a titlurilor în general, în material cesiunii de creanță, reprezintă un nucleu de norme în jurul căruia se poate coagula mai bine interpretarea și

---

[1] Dreptul francez folosește denumirea de titluri de credit. A se vedea *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 559.

[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 602.

[3] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 369.

studierea titlurilor de credit[1]. În mod tradițional reglementarea cambiei era considerată dreptul comun[2], cel puțin al efectelor de comerț, însă în prezent nu poate fi ignorată reglementarea din Codul civil.

Securitatea circulației titlurilor este garantată și prin faptul că debitorul este ținut să plătească creanța celui care îi prezintă titlul la purtător chiar dacă intrarea în posesie a fost nelegitimă cât timp acest lucru nu este constatat judiciar (art. 1592 C.civ.).

782. Caracterele titlurilor de credit. Studiul titlurilor de credit extrage mai multe caractere esențiale ale acestor instrumente[3]. Chiar dacă unele specii nu prezintă toate aceste caractere doctrina le acceptă în continuare ca fiind esențiale pentru definirea conceptului.

Caracterul constitutiv al titlului ține de legătura indisolubilă dintre drepturi și înscrisul care le conține. Caracteristic titlurilor de credit este faptul că posesia titlului garantează titularului dreptul înscris pe titlu. Se spune că titlul „încorporează"[4] drepturi și facilitează transmiterea a acestor drepturi prin metodele simplificate de circulație a titlului. Înscrisul nu doar probează dreptul, ci îl conține, spre deosebire de dreptul comun, având caracter constitutiv.

Caracterul formal este dat de reglementarea exactă a formei și conținutului titlului. Satisfacția dată unei circulații simplificate a titlului este dublată de cerințe rigide de conținut, adevărate formule sacrosante de la care părțile nu pot deroga fără să piardă recunoașterea caracterului titlului de credit.

Caracterul literal la titlului este o consecință a caracterului său constitutiv și formal. Atât timp cât dreptul este încorporat în titlu, încorporarea trebuie să fie totală, titlul fiind suficient pentru delimitarea exactă a dreptului.

Caracterul autonom este dat de desprinderea de raportul juridic fundamental. Drepturile și obligațiile părților sunt oglindite total de cuprinsul titlului, fără vreo legătură cu elemente extrinseci. Această autonomie este cea care permite circulația independentă și simplificată a titlurilor de valoare. Dreptul fiecărei părți derivă din titlu și este un drept originar, nu un drept transmis de autorul persoanei, de transmițătorul titlului.

Circuitul simplificat al titlurilor de credit și circulația lor specială diferită de mecanismul cesiunii de creanță, de la care derogă, le conferă titulatura de *titluri negociabile*. Denumirea este una care poate să inducă în eroare, deoarece orice bun, marfă, aflate în circuitul civil sunt supuse negocierii, ca etapă precontractuală. Caracterul negociabil nu ține de excluderea unui preț fix, ci de circuitul special, simplificat și independent de alte ingerințe al titlurilor. De exemplu, părțile sociale ale unui SRL pot fi negociate de părți, iar prețul de transmitere este unul consensual și liber „negociat" de părți. Totuși este îndeobște cunoscut faptul că părțile sociale nu sunt titluri negociabile. Circulația lor este un restricționată și dependent de cerințe legale și statutare.

---

[1] Art. 1648-1650 C.civ. Québec reglementează în acest punct (în materia cesiunii de creanță) strict titlurile la purtător, *bearer instrument*. Normele sunt reproduse fidel de art. 1590 -1592 C.civ. Art. 1589 C.civ. extinde însă sfera de acțiune de la titlurile la purtător la orice titluri.

[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 564.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 603.

[4] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 569.

Titlurile negociabile beneficiază şi de *inopozabilitatea excepţiilor personale*, în sensul că unui posesor al titlului nu i se pot opune de către debitor excepţiile personale care privesc un posesor precedent. Titlul este abstract şi desprins de originea sa, fiind curăţat de excepţiile opozabile posesorilor anteriori în vederea conferirii unei poziţii mai confortabile juridic pentru titularul titlului[1].

783. Specii de titluri de credit. Au fost decelate mai multe tipuri de titluri de credit, iar clasificarea principală priveşte conţinutul acestor instrumente. Specia cu prima recunoaştere comercială largă a fost cea a *efectelor de comerţ* (cambia, biletul la ordin şi cecul). Acesta este domeniul clasic al titlurilor de credit care are o existenţă istorică îndelungată. Mecanismul *cambiei* este un exemplu complet de titlu de credit, un instrument care însumează toate calităţile şi caracteristicile conceptului. De altfel cambia a fost motorul şi modelul pentru existenţa şi dezvoltarea ulterioară a altor efecte de comerţ sau specii de titluri de credit.

Specia *valorilor mobiliare* a cunoscut, ulterior efectelor de comerţ, o dezvoltare remarcabilă, constituind nucleul instrumentelor financiare, „marfă" supusă tranzacţionării pe pieţele reglementate[2]. Valorile mobiliare sunt legate de evoluţia societăţilor cu personalitate juridică. Odată cu apariţie societăţilor de capitaluri fenomenele de extindere şi dezvoltare economică nu au mai cunoscut limite. Succesul societăţii pe acţiuni este dat de răspunderea sa limitată, dar în primul rând de caracterul de valori mobiliare recunoscut acţiunilor. Aceste titluri negociabile proeminente au deschis căi nebănuite de organizare a circulaţiei, libere, a titlurilor. Apariţia burselor de valori ca pieţe organizate pentru comerţul cu valori mobiliare a impulsionat circulaţia şi importanţa acestor titluri. Avântul lor nebănuit a zdruncinat rolul central deţinut de plasamentele imobiliare tradiţionale, de imobile în patrimoniile individuale. Acţiunile, ca specie reprezentativă a valorilor mobiliare reprezintă fracţiuni ale capitalului social şi titluri reprezentative ale contribuţiei acţionarilor care le conferă acestora drepturi în condiţiile legii şi actului constitutiv. Se observă legătura neînlăturată între titluri şi raportul juridic fundamental. Aşa cum s-a afirmat în materia societară acţiunile sunt titluri de credit incomplete, lipsite de caracterul literal şi autonom propriu titlurilor în general. Caracterul de titluri negociabile le păstrează însă în interiorul noţiunii de titluri de credit. În categoria valorilor mobiliare intră şi *obligaţiunile* care sunt fracţiuni standardizate ale unui împrumut societar. Şi acestea se bucură de un circuit special, diferit de cesiunea de creanţă, de caracterul de titluri negociabile. Materia valorilor mobiliare este una mult mai extinsă în domeniul pieţei de capital (*drepturi de preferinţă*, *drepturi de alocare* etc.) şi permite tranzacţionarea unor instrumente mai diversificate.

Titlurile reprezentative ale mărfurilor întregesc cercul speciilor de titluri de valoare recunoscute în mod tradiţional de dreptul comercial. Aceste sunt documente care conferă un drept real (proprietate sau garanţie reală) asupra unor bunuri aflate în locuri de depozitare. Titlurile reprezentative ale mărfurilor cuprind conosamentul, recipisa, *warrant*-ul[3].

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 571.

[2] A se vedea *C. Gheorghe*, Dreptul pieţei de capital, op. cit.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 604.

784. Titluri nominative, la ordin sau la purtător. Codul civil reglementează titlurile folosind modalitățile de circulație a acestora (art. 1588 C.civ.). De esența acestei noțiuni este tocmai instituirea unui regim special pentru circulația lor. Simplificarea transferului titlurilor nu înseamnă supunerea acestuia doar regimului consensualismului. De fapt legea declară că creanțele incorporate în titluri nominative, la ordin ori la purtător nu se pot transmite prin simplul acord de voința al părților (art. 1587 C.civ.). Circulația acestora va avea întotdeauna un izvor special de reglementare. Chiar în lipsa unei sedimentări conceptuale a titlurilor, identificarea tipurilor de titluri este suficientă pentru a oferi un izvor normativ pentru materia titlurilor de credit.

Titlurile nominative sunt definite ca titlurile pentru care transmisiunea se menționează atât pe înscris cât și în registrul ținut pentru evidenta acestora. Ele circulă prin formalitatea transferului[1] conform legilor speciale. Evident Codul civil are în vedere acțiunile. Registrul de evidență va fi incident acolo unde legea specială care reglementează specia de titluri de credit instituie așa ceva (de exemplu, Legea societăților, pentru acțiuni).

Titlurile la ordin se transmit prin gir, în condițiile stabilite prin normele speciale pentru cambie. [art. 1588 alin. (2) C.civ.]. Girul constă în principal într-o formulare inserată în cuprinsului titlului (pe spate) cu efect translativ de drepturi și indicarea numelui beneficiarului.

Titlurile la purtător se transmit întotdeauna prin remiterea materială a titlului, iar orice stipulație contrară se consideră nescrisă [art. 1588 alin. (2) C.civ.].

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 570.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul II
Cambia

785. Evoluție istorică. Cambia sau este unul dintre cele mai vechi titluri de credit, dar în forma sa prezentă este rezultatul unei evoluții și a unor sedimentări îndelungate.

Evul mediu a cunoscut pe scară largă un mecanism de *înlocuire a transportului de bani*[1], respectiv o scrisoare comercială emisă de un bancher local, pentru un negustor (client) al său care avea nevoie de monedă locală pentru achiziții în teritorii (țări) diferite, către un bancher corespondent pentru eliberarea către negustor, la destinație, a echivalentului banilor săi în monedă locală (*cambium trajecticium*). În acest mod era realizat și schimbul de monedă și evitarea transportului monedei până la destinație.

O asemenea construcție nu era titlu de credit. Scrisoarea era strict nominală, nu era negociabilă (transmisibilă). Subsecvent acestei faze cambia a evoluat către un *instrument de plată*. Următoarea fază a cambiei este aceea în care inițiatorul mecanismului (trăgătorul) nu mai apelează la un bancher pentru plata titlului său, ci remite cambia creditorilor săi pentru plata datoriilor sale. Aceștia pot proceda la fel cu creditorii lor, până când, la data scadenței, cambia este achitată de debitor ultimului posesor. În acest mod transmiterea succesivă a cambiei are rol de plată pentru stingerea datoriilor, fără apelarea la monedă. În această fază cambia dobândește caracteristicile moderne ale titlurilor de credit. Ea este acum un *titlu la ordin*, respectiv ea poate fi transmisă la ordinul deținătorului prin simpla semnare a reversului titlului (andosare) și indicarea noului beneficiar. Titlul este unul negociabil prin modul de transmitere. Folosirea ca mijloc de plată necesită acceptarea din partea debitorului (trasului), fapt care dă securitate circuitului cambiei. În sfârșit, *inopozabilitatea excepțiilor personale* față de deținătorii subsecvenți întărește poziția ultimului posesor al titlului care se bucură de o protecție sporită.

Restricțiile valutare și metodele moderne de plată dezvoltate în ultimele decenii au lăsat în umbră și această funcție pentru a accentua funcția de *instrument de credit* pentru cambie. În urma emiterii titlului, vânzătorul poate realiza scontarea cambiei, respectiv transmiterea ei către o bancă care o va achiziționa în schimbul valorii nominale diminuată cu scont, aferent perioadei până la scadență (și o taxă de scontare pentru serviciul bancar). Prin acest mecanism se realizează „mobilizarea" creanțelor[2] și accesul rapid al deținătorului la finanțare fără a trebui să aștepte scadența cambiei. Fără a fi invalidate de mecanismul cambial funcția de instrument de transport de valori și schimb și funcția de plată sunt înlocuite în prezent în cvasitotalitate de funcția de instrument de credit.

786. Evoluție normativă. Reglementarea medievală a cambiei a fost reprezentată de un drept uniform cutumiar, *lex mercatoria*, născut din folosirea intensă în relațiile

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 582.

[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 584.

comerciale ale vremii. Dreptul național a rupt această unitate prin viziune și finalități diferite conferite cambiei. Dreptul german, englez, francez, diferă după cum conferă circuitului cambial un cadru independent și abstract sau păstrează legătura cu raporturile juridice fundamentale din care se naște cambia. Toate aceste diferențe au necesitat o reglementare uniformă a cambiei, la nivel european, realizată prin Convenția de la Geneva, 1930[1]. Deși România nu a aderat la Convenția de la Geneva, intrată în vigoare în anul 1934, reglementarea internă din acea vreme era în ton cu convenția uniformă europeană. Acest izvor normativ intern, din anul 1934, are o vechime apreciabilă[2], fiind adus însă la zi prin modificări multiple.

787. Noțiune și mecanism. Faza contractuală. Lipsa unei definiții legale a cambiei este compensată de o doctrină îndelungată în domeniu. Noțiunea este definită de regulă chiar prin mecanismul său, prin persoanele implicate și drepturile lor.

Cambia este un titlu de valoare (înscris) prin care o persoană, denumită trăgător dă ordin altei persoane (tras) să plătească o sumă de bani unei a treia persoane (beneficiar), sau la ordinul acesteia, la scadență[3]. Prin definiție sunt fixate și subiectele cambiei: *trăgătorul*, inițiatorul operațiunii este persoana care dă ordin să se efectueze o anumită prestație, dar își și asumă îndeplinirea acestei obligații; *trasul* este persoana căreia i se ordonă să efectueze prestația, deși cel puțin inițial el nu își asumă această obligație; *beneficiarul* este persona în folosul căreia se efectuează prestația ordonată de către trăgător de către tras.

Mecanismul juridic al cambiei devine transparent odată cu înțelegerea funcției sale comerciale, cu înțelegerea modului în care poate fi folosită ca mijloc de credit, deoarece cambiile sunt receptate și ca „banii comercianților", îndeplinind rolul de mijloc de stingere a obligațiilor comerciale[4].

Mecanismul cambiei se relevă total doar odată cu dezvăluirea premiselor particulare, deși ambiția construcției cambiale este tocmai desprinderea de aceste premise și evoluția independentă în interiorul regulilor de drept cambial, nu în dreptul comun al teoriei obligațiilor.

Faza contractuală. Premisa tipică este următoare: Un comerciant (TR, trăgător) efectuează o activitate economică și vinde bunuri/servicii către un alt comerciant (TS, tras), în urma căreia trebuie să primească un preț la termenul convenit (S, scadența). Din acest raport juridic inițial având ca izvor vânzarea cumpărarea, TR este creditor al lui TS pentru prețul datorat și avem născută o creanță în condițiile arătate, cunoscută ca

---

[1] Convențiile de Geneva privind cambia au fost de fapt trei, reglementând dreptul material privind cambia și biletul la ordin, conflictul de legi privind această materie și taxele aferente: *Convention providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes*, Geneva, 7 iunie 1930; *Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in connection with Bills of Exchange and Promissory Notes*, Geneva, 7 iunie 1930; *Convention on the Stamp Laws in connection with Bills of Exchange and Promissory Notes*, Geneva, 7 iunie 1930 (*http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/Register_Texts_Vol1.pdf*).

[2] Legea nr. 58/1934 asupra cambiei și biletului la ordin.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 607.

[4] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 133.

proviziune (*provision*)[1]. Circuitul economic este unul în plină evoluție, astfel încât TR, vânzătorul trăgător, poate fi la rândul său debitorul altui comerciant (B, beneficiar). Ca efect al altei operațiuni economice există o altă creanță de aceeași valoare (pentru simplificare), plătibilă tot la momentul S. Această creanță a Beneficiarului este cunoscută sub numele de *valoare furnizată*[2]. Stingerea datoriilor din fiecare raport juridic nu este soluția cea mai eficientă din punct de vedere comercial. Dreptul cambial oferă o variantă utilă: în temeiul acestor raporturi juridice, născute de acte juridice independente, TR (trăgător) „trage" o cambie asupra lui TS (tras) în favoarea lui B (beneficiar) plătibilă la momentul S, pentru suma comună din ambele raporturi juridice.

Mecanismul relevat are vocația de stinge ambele raporturi juridice, dintre TR și TS, dar și dintre TR și B, dacă obligațiile asumate sunt executate în modul asumat. Un asemenea mecanism explică izvorul obligației de plată a lui TS către B, față de care nu părea legat prin niciun raport juridic.

788. Mecanismul operațiunii. Faza cambială. Creanțele Trăgătorului și Beneficiarului au izvoare juridice în actele juridice particulare în care sunt angrenați aceștia și Trasul. Această fază contractuală este epuizată prin desprinderea creanței de izvorul contractual și incorporarea ei în titlul de credit. Odată cu tragerea înscrisului, odată cu înmânarea titlului Beneficiarului începe o fază juridică nouă în privința raporturilor juridice dintre părți. Cambia este un *titlu la ordin* care poate fi transmis prin dispoziția Beneficiarului și a deținătorilor subsecvenți. În privința drepturilor și obligațiilor acestora, izvoarele contractuale sunt îndepărtate explicit. Caracterul abstract, formal și constitutiv al titlului face ca fiecare deținător subsecvent să dobândească un drept propriu, astfel încât legătura cu izvoarele contractuale este întreruptă. Titlul este supus unui drept special, *drept cambial*, iar creanța transmisă este o *creanță cambială* în contrapunere cu creanța contractuală de care titlul s-a desprins.

Raporturile juridice dintre TR și TS și dintre TR și B explică cauzal declanșarea mecanismului cambial, dar nu influențează circulația și drepturile oferite de cambie. Aceste raporturi sunt raporturi juridice *„fundamentale"* care supraviețuiesc raporturilor juridice cambiale, dar nu mai sunt recunoscute de acestea. Recursul la ele este unul subsidiar, când mecanismele cambiale au eșuat în acțiunea lor comercială. Raporturile juridice fundamentale justifică emiterea cambiei însă odată emisă, cambia reprezintă un titlu autonom.

Circuitul cambial, ulterior emiterii cambiei, este independent de existența raporturilor fundamentale explicitate anterior[3].

Crearea raporturilor juridice cambiale, circulația, garantarea și plata cambiei se spun dreptului cambial pozitiv, reprezentat de un izvor juridic special (Legea nr. 58/1934 cu modificările ulterioare).

Se impune observarea faptului că înscrisul emană de la TR (trăgător), conținând o obligație de plată a unui terț (TS, tras), neasumată de acesta la emiterea titlului. Circuitul cambiei va fi unul legal, chiar în cazul în care obligația nu există sau nu este asumată de tras. Acest lucru nu înseamnă că pot fi executate obligații neasumate. În

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 587.
[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 608.
[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 608.

realitate circuitul cambial garantează doar executarea obligațiilor asumate și face acest lucru urmărind formalismul cambiei și caracterul său autonom.

S-ar părea că *„aparența"* are preferință în fața realității juridice în materie cambială, dar vom observa din funcționarea mecanismului cambial că nimeni nu plătește obligații neasumate. Ele pot fi într-adevăr inexistente, dar niciodată neasumate.

789. Natura juridică a cambiei. Natura juridică a cambiei ridică dificultăți datorită modificărilor survenite odată trecerea de la *faza contractuală* a cambiei la *faza cambială* propriu-zisă. Convertirea creanței contractuale în creanță cambială ridică problema unei rupturi de natură juridică sau, din contră, a unei continuități în natura juridică pur contractuală a cambiei.

Teoria de drept civil a cambiei refuză să vadă o ruptură între faza contractuală a cambiei și faza cambială, între raporturile juridice contractuale și raporturile juridice cambiale și încearcă să explice atât mecanismele de creație cât și cele de circulație a cambiei folosind instituțiile și principiile teoriei generale a obligațiilor[1]. Principala dificultate a teoriei de drept comun ține de explicarea principiului de bază al teoriei titlurilor de valoare în general, *regula inopozabilității excepțiilor* care privesc deținătorii anteriori, piatra unghiulară a securității circuitului cambial.

Mijloacele de drept comun care privesc transformarea obligațiilor sunt puține și au fost invocate pentru explicarea particularității circuitului cambial. Cesiunea de creanță și novația în privința înlocuirii creanței contractuale cu o creanță nouă, cambială, nu reușesc să explice inopozabilitatea excepțiilor personale sau solidaritatea subscriitorilor cambiei pentru acoperirea creanței cambiale. Mecanismul delegației imperfecte este una dintre soluțiile găsite de dreptul francez pentru a explica mecanismul cambial, fără a acoperi nici acesta în totalitate specificitatea acestui mecanism[2].

Teoria actului juridic unilateral ca izvor de obligații. Dreptul civil intern a asimilat o construcție juridică folosită mai demult de doctrină, actul juridic unilateral ca izvor de obligații (art. 1165 C.civ.). Prin declarația unilaterală de voință se pot naște în mod valabil raporturi juridice. În materie cambială este invocată declarația unilaterală de voință a fiecărui subscriitor al cambiei pentru explicarea obligațiilor cambiale. În acest mod, funcționarea cambiei, ca titlu literal și abstract, desprins de raportul juridic fundamental, poate fi explicată pe baza obligațiilor cambiale asumate unilateral de fiecare subscriitor.

Teoria specificității și originalității cambiei. Chiar dacă teoria actului juridic unilateral poate explica mecanismul cambial, aceasta privește fiecare obligație și drept subsecvent în mod independent și abstract, fără nicio legătură teleologică între ele. Mecanismul cambial are o originalitate dată de natura juridică generală a cambiei, de titlu de credit și de reglementarea specială care construiește acest mecanism cambial. Practic cambia își are izvorul în manifestarea de voință a trăgătorului și în dispozițiile legale speciale care conferă efecte speciale acestei manifestări de voință. Regularitatea emiterii cambiei și deținerea legală a titlului asigură beneficiarului protecția dreptului său, chiar dacă datoria nu ar exista[3]. O asemenea situație rezidă în specificul reglemen-

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 588.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 590.
[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 613.

tării cambiale care sacrifică cauzalitatea raportului juridic în scopul protecției circulației înscrisului și a garantării drepturilor așteptate de deținătorii legitimi ai titlului.

Secțiunea 1. Condițiile legale pentru valabilitatea cambiei

790. Condițiile de fond. Condițiile de fond ale actului juridic nu preocupă în mod special reglementarea cambiei. Acestea rămân să fie guvernate de dreptul comun al actelor juridice[1]. Specificul cambiei ține de exprimarea manifestării de voință a trăgătorului, trasului, beneficiarului, giratarului în condițiile reglementării cambiale. *Cauza* actului juridic este influențată de caracterul literal și abstract al obligațiilor cambiale. Desprinderea de raporturile juridice fundamentale face ca reprezentarea părților privind finalitatea actelor încheiate (întocmirea cambiei, girul, avalul) să nu mai fie legată prin cauzalitate de raporturi juridice exterioare cambiei. Practic cauza reală, externă, a actelor juridice este ignorată în mod programatic de reglementarea cambială.

791. Reprezentarea cambială. Cambia, ca majoritatea actelor juridice, acceptă asumarea obligațiilor cambiale prin mecanismul reprezentării. Specificitatea materiei ține de faptul că reprezentarea trebuie inclusă explicit în cuprinsul înscrisului cambial. Astfel, mandatarul este ținut să semneze cambia cu numele său și să menționeze calitatea sa de reprezentant, cu indicarea persoanei mandantului. În mod comun mandatarul semnează cu numele lui, cu indicarea reprezentării (*prin procură* sau o formulă echivalentă) și a numelui mandantului. Orice altă formulare nu satisface cerințele legii cambiale. În privința mandatului în baza căruia acționează mandantul, acesta nu are impuse condiții speciale de fond sau de formă.

În cazul depășirii de către mandatar a limitelor reprezentării sau dacă pur și simplu acționează fără împuternicire (*falsul reprezentant*) soluția legală este una în sensul asigurării securității circulației cambiei: în ambele situații semnatarul cambiei va avea obligații proprii corespunzătoare celor ale persoanei pentru care a semnat (art. 9 din Legea nr. 58/1934). Practic el capătă poziția persoanei substituită în mod nelegal în circuitul cambial. Soluția legală este una de excepție, deoarece atât falsul reprezentant cât și cel care a depășit limitele reprezentării nu își exprimă un consimțământ valabil pentru asumarea de obligații proprii.

Incidentele privind reprezentarea necesită formularea de pretenții împotriva reprezentatului care să conteste existența sau limitele împuternicii. Doar subsecvent acestei contestări iau naștere obligațiile cambiale ale falsului reprezentant fiindcă reprezentatul poate ratifica actele încheiate în numele său (nu contestă pretențiile cambiale), caz în care reprezentarea este perfectată retroactiv.

792. Condițiile de formă și conținutul cambiei. Formalismul și literalitatea declarată a titlurilor de valoare sunt confirmate prin cerințele stricte și detaliate prevăzute de lege în privința cuprinsului și formei înscrisului.

---

[1] A se vedea *G. Boroi, C.A. Anghelescu*, Curs de drept civil. Partea generală, ed. a II-a. Ed. Hamangiu, București, 2012.

Forma înscrisului este în mod obligatoriu forma scrisă. Cambia este un înscris sub semnătură privată întocmit sub semnătura trăgătorului. O asemenea prevedere obligă la forma scrisă pentru conținerea semnăturilor participanților cambiali: trăgătorul, giranții, avaliștii, eventual trasul. Lipsa unei cerințe legale explicite a formei scrise este suplinită cu prisosință de obligativitatea existenței semnăturilor. Cambia, păstrând urmele evoluției sale istorice, este redactată ca o scrisoare adresată de trăgător trasului cu indicarea beneficiarului. Pentru a fi recunoscut ca un titlu de valoare, ca o cambie, scrisoarea respectivă trebuie să bifeze în cuprinsul său toate mențiunile legale obligatorii (art. 1 pct. 1-8 din Legea nr. 58/1934).

Denumirea de cambie. Înscrisul cambial trebuie să cuprindă denumirea de cambie trecută în însuși textul titlului și exprimată în limba întrebuințată pentru redactarea acestui titlu. Denumirea trebuie să atenționeze în privința existenței acestui titlu de valoare cu caracter formal, dar și executoriu în privința obligațiilor asumate.

Ordinul necondiționat de plată a unei sume de bani determinate. Modul de redactare în sine a ordinului nu este explicitat legal, dar sunt puține variante de exprimare lingvistică a acestui deziderat final (obligatoriu va fi folosit verbul acțiunii, *a plăti, a achita* la modul și conjugarea aleasă de trăgător care poate alege o formulă directă (modul imperativ) sau una mai elegantă). Reținem imposibilitatea unui ordin condiționat. Legea impune obligarea la plata unei sume determinate, într-o monedă determinată. Prevederea unei dobânzi nu este admisă decât în cazul cambiei plătibilă la vedere sau la un anume timp de la vedere.

Indicarea scadenței. Scadența nu este un element esențial al cambiei și nu este impusă sub sancțiunea nulității datorită unei prezumții legale: lipsa ei indică doar plata la vedere, la prezentarea ei (art. 2 din Legea nr. 58/1934). Dacă este prevăzută totuși o scadență, aceasta poate fi redată în mai multe forme legale: la vedere; la un anumit timp de la vedere, la un anumit termen de la data emisiunii; la o zi fixă (art. 36 din Legea nr. 58/1934). Tipul de scadență trebuie să rezulte explicit din cuprinsul cambiei.

Reglementarea scadenței este amănunțită fiindcă de la această dată se produc efectele cambiale. Ea trebuie să rezulte din înscris, să fie posibilă (nu poate fi anterioară emiterii), să fie unică (legea interzice plata în rate, cambia cu scadențe succesive este lovită de nulitate).

Indicarea locului unde trebuie făcută plata. Înscrisul trebuie să prevadă locul unde trasul căruia îi este adresată cambia va face plata. Nici această mențiune nu este una esențială datorită unei prezumții legale: în lipsa unei arătări speciale, locul arătat lângă numele trasului este socotit loc de plată și, în același timp, loc al domiciliul trasului. Cerința locului plății privește doar localitatea, nu indicarea completă a unei adrese. Dacă în cambie sunt arătate mai multe locuri de plată, posesorul cambiei o va putea prezenta pentru acceptare sau plată la oricare din aceste locuri. Dacă este indicat domiciliul unui terț plata se va face de către acesta, cambie domiciliată, dacă nu este specificat că plata va fi făcută de tras la domiciliul terțului.

Numele beneficiarului. Potrivit legii, în cambie trebuie să se arate persoana căreia i se va face plata sau la ordinul căreia plata trebuie făcută. Beneficiarul este primul posesor legitim al cambiei și el are alegerea între așteptarea momentului scadenței pentru prezentarea la plată de către tras sau andosarea, transmiterea mai departe a cambiei. Beneficiarii pot fi multipli sau trăgătorul se poate indica pe sine în calitate de

beneficiar. Menţiunea beneficiarului este una obligatorie pentru cambie, pentru că nu este admisă cambia la purtător.

Data şi locul emiterii cambiei. Înscrisul trebuie să cuprindă data şi locul emiterii cambiei de către trăgător. Locul emiterii este prezumat de lege ca locul indicat lângă semnătura trăgătorului dacă nu este indicat expres. Data emiterii este indicată prin ziua, luna şi anul emiterii şi este considerată dată certă în condiţiile legii cambiale şi este opozabilă terţilor.

Numele trasului. Cambia trebuie să indice persoana obligată la plată la scadenţă. Indicarea trebuie să una completă, cu atributele de identificare (codul trasului, cod unic de înregistrare pentru persoanele juridice). Indicarea mai multor persoane în calitate de tras este admisă doar în cazul asumării totale şi solidare (nu alternativă) a obligaţiei de plată. Indicarea trasului ţine de raportul juridic anteexistent între trăgător şi tras, deoarece la momentul întocmirii cambiei acesta nu îşi asumă nicio obligaţie. Cambia porneşte în circuitul juridic ca un act unilateral al trăgătorului. Doar odată cu acceptarea explicită de către tras acesta devine debitor cambial.

Semnătura trăgătorului. Acesta este un element esenţial a cambiei fiindcă acest înscris debutează în circuitul juridic ca un act unilateral al trăgătorului.

În sensul legislaţiei cambiale, semnătura cambială cuprinde în clar numele şi prenumele persoanei fizice sau denumirea persoanei juridice ori a entităţii care se obligă împreună cu semnătura olografă a persoanei fizice, respectiv a reprezentanţilor legali sau a împuterniciţilor persoanelor juridice care se obligă (art. 8 din Legea nr. 58/1934).

Dincolo de aceste menţiuni obligatorii cambia poate conţine prevederi facultative care nu periclitează validitatea cambiei. Unele dintre ele influenţează obligaţiile cambiale (clauza *nu la ordin*, indicarea unui acceptant la nevoie, ordinul de prezentare la acceptare, clauza *fără protest*) în timp ce altele nu influenţează nici obligaţiile cambiale (clauza *după aviz*, clauza *fără procură*, clauza *valoare dată în garanţie* etc.)[1].

793. Sancţionarea nerespectării condiţiilor de existenţă ale cambiei. Legea cambială indică nulitatea cambiei, respectiv înscrisul care nu satisface cerinţele obligatorii în privinţa formei şi conţinutului nu are valoarea unei cambii (art. 2 din Legea nr. 58/1934).

Numeroase norme induc prezumţii legale în privinţa cuprinsului cambiei pentru salvgardarea înscrisului. Caracterul formal al cambiei justifică sancţionarea promptă a încălcării cerinţelor legale privind încheierea cambiei.

În mod particular însă, momentul naşterii drepturilor şi obligaţiilor cambiale nu este momentul încheierii cambiei, ci momentul scadenţei, astfel încât condiţiile de valabilitate ale cambiei sunt verificate la acest moment, fiind permisă completarea menţiunilor până la momentul scadenţei.

Din această cauză *cambia în alb* este permisă de lege. Practic singura menţiune obligatorie a titlului este semnătura trăgătorului, restul menţiunii putând fi completate de beneficiarul cambiei (sau posesorii subsecvenţi) în limitele înţelegerii părţilor (contract de completare). Efectele juridice ale operaţiunii pot fi devastatoare pentru trăgător

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 621.

fiindcă nerespectarea înțelegerii intervenite nu poate fi opusă posesorului decât dacă acesta a dobândit cambia cu rea-credință sau fraudulos (art. 12 din Legea nr. 58/1934).

Pentru salvgardarea cambiei, anumite prevederi din cambie nu îi afectează valabilitatea, ci sunt considerate *nescrise*. Astfel, exonerarea trăgătorului de plata cambiei și limitarea sau înlăturarea forței obligatorii a cambiei sunt considerate nescrise (art. 11 din Legea nr. 58/1934).

Doctrina se ocupă și de *cambia de complezență*. Faza contractuală inițială a mecanismului cambial impune existența unor raporturi juridice fundamentale, a unei creanțe a trăgătorului (*proviziune*) și a unei creanțe a beneficiarului (*valoare furnizată*) care să declanșeze cauzal existența cambiei. Doctrina vede chiar în circuitul cambial, în abordarea de drept civil, un transfer al proprietății asupra proviziunii între deținătorii succesiv sau un drept exclusiv de proprietate al deținătorului titlului asupra proviziunii[1]. În această accepțiune circuitul cambial este viciat de emiterea cambiei în lipsa proviziunii cauzale.

Întocmirea cambiei de către trăgător fără existența unui raport juridic fundamental, fără acordului unui tras sau asupra unui tras fictiv este responsabilitatea deplină a trăgătorului. Circuitul cambial ulterior, transmiterea cambiei, va da naștere la obligații independente și valide însă, cărora nu li se poate opune lipsa raportului juridic fundamental inițial. De altfel trăgătorul este un obligat cambial, iar el va răspunde solidar cu toți semnatarii ulteriori ai cambiei pentru plata către posesorul final. Situația este puțin diferită în cazul înțelegerii între trăgător și tras privind emiterea cambiei, în lipsa unei raport juridic fundamental (*cambia de complezență*). În acest caz trăgătorul, având suportul trasului, poate sconta cambia și obține un împrumut rapid în aceste condiții. Doctrina decelează și aici între complezența licită, când trasul achită cambia la termen și cea ilicită, când nu este solvabil[2].

Participanții la circuitul cambial au drepturi proprii care sunt exercitate și garantate de legislația cambială. Practic iregularitățile care țin de anumite obligații cambiale nu se extind la toate raporturile juridice cambiale. Lipsa proviziunii sau a valorii furnizate privește raporturile juridice particulare, nu valabilitatea cambiei. Caracterul constitutiv și abstract al cambiei împiedecă iradierea în tot circuitul cambial a eventualelor iregularități care nu vor influența validitatea înscrisului și drepturile posesorului cambial.

Secțiunea a 2-a. Girul

794. Noțiune. Circuitul cambial, transmiterea cambiei, în calitate de titlu de credit, este realizată printr-un procedeu juridic special. Primul act de circulație al cambiei este remiterea acesteia de către trăgător beneficiarului cambiei. Acesta poate păstra cambia pentru a o prezenta trasului la scadență pentru plată, dar are și posibilitatea transmiterii mai departe a înscrisului împreună cu toate drepturile încorporate, pe calea girului.

Girul este definit ca un act juridic prin care posesorul actual al cambiei (*girant*), transmite altei persoane (*giratar*), pe calea unei mențiuni scrise și semnate pe reversul

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 620.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 618.

titlului şi prin predarea titlului, drepturile izvorând din titlul respectiv[1]. Potrivit legii, chiar dacă nu conține mențiunea expres *la ordin*, cambia poate fi transmisă prin gir (art. 13 din Legea nr. 58/1934). Transmiterea vizează în primul rând proprietatea asupra cambiei care având incorporate drepturi speciale în ea, ele se transmit în mod natural noului proprietar. Din această perspectivă a titlului, girul este translativ de proprietate.

Prin intermediul acestei exprimări de voință (gir) posesorul cambiei dă ordin trasului să plătească suma menționată în titlu unei alte persoane, respectiv persoanei în favoarea căreia a transmis cambia (giratar). Practic este adăugat un nou beneficiar al cambiei, lanțul transmiterilor putând să continue prin gir succesiv. Primul girant, primul posesor legitim al cambiei, este beneficiarul inițial. Aceasta poate deci să folosească în continuare cambia ca instrument de plată pentru obligațiile lui, creditorul beneficiarului devenind noul beneficiar (giratar) al cambiei.

Girul poate fi făcut în folosul oricărei persoane, inclusiv al trasului, indiferent dacă a acceptat sau nu, al trăgătorului sau al oricărui alt obligat. Aceştia pot să gireze din nou cambia.

Circulația prin gir nu surprinde nici ea raporturile juridice preexistente între părți. Transmiterea cambiei presupune existența unei creanțe, a unei plăti eliberatoare realizată în acest mod de către girant către giratar. Natura abstractă şi formală a cambiei ignoră aceste raporturi juridice ocupându-se strict de aparența şi formalismul cambial ca garanție pentru circuitul cambial.

Doctrina cunoaşte alături de această reglementare, translativă de proprietate, a girului şi alte variante precum *girul pentru procură*, care vizează doar dreptul de încasare a plății de către giratarul mandatar şi *girul pentru garanție* care vizează doar garantarea unei obligații cu proprietatea asupra cambiei[2].

Girul este privit fie ca act juridic independent cu deosebiri importante față de cesiune de creanță[3], fie ca o formă simplificată de cesiune de creanță, superioară acesteia. Transmiterea proprietății asupra cambiei, *garanția solidară* a subscriitorilor şi *inopozabilitatea excepțiilor* care privesc deținătorii anteriori sunt văzute ca elemente care fixează superioritatea girului față de cesiunea de creanță[4].

795. Condițiile de valabilitate a girului. Girul, în calitate de act juridic, se supune condițiilor de valabilitate contractuale. Condițiile de fond urmăresc în special condițiile de drept comun. Girantul trebuie să fie proprietarul cambiei pentru a o putea transmite şi să posede capacitatea de exercițiu necesară pentru încheierea actelor juridice.

Condițiile de formă se ocupă în amănunt de modul de exteriorizare şi conținutul actului juridic de gir. Girul îmbracă tot forma unui ordin astfel încât, precum toate angajamentele unilaterale proprii cambiei, trebuie să fie *necondiționat* şi trebuie să privească *întreaga creanță* prevăzută în titlu (art. 14 din Legea nr. 58/1934). Girul parțial este nul.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 623.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 643.
[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 624.
[4] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 644.

Girul trebuie menționat pe cambie și trebuie să fie semnat de girant. El conține un ordin pentru plată adresat trasului. În mod uzual girul este înscris pe spatele cambiei pentru a nu confundat cu alte acte juridice (precum avalul care se înscrie pe fața titlului), dar este valabil dacă este dat pe fața cambiei cu indicarea clară a naturii sale, sau pe o anexă atașată cambiei (*alonjă*).

Girul complet constă într-o declarație a girantului, semnată de acesta care cuprinde ordinul adresat debitorului principal (trasul) de a plăti giratarului, persoana indicată de girant, suma de bani menționată în cambie, semnătura și data încheierii.

Odată îndeplinite condițiile de formă și fond cambia girată este înmânată giratarului. Acesta trebuie să posede titlul pentru a-și justifica calitatea și a-și exercita drepturile[1]. Girul transmite dreptul de proprietate asupra cambiei, remiterea efectivă a titlului transmite doar posesia[2].

Girul în alb este girul care nu conține persoana beneficiarul (giratarului), ci doar semnătura girantului. În acest din urmă caz, girul pentru a fi valabil, trebuie să fie scris pe cambie. Legea recunoaște și *girul la purtător*, echivalent unui „gir în alb" [art. 14 alin. (3) din Legea nr. 58/1934]. Avantajele unui asemenea gir țin de transmiterea mai departe prin tradițiune. Lipsa indicării posesorilor prin titlu îi absolvă pe aceștia de calitatea de obligat cambial în cazul transmiterii mai departe a titlului. Posesorul unei asemenea cambii la purtător are recunoscute drepturi exprese. El poate fie să completeze girul cu propriul său nume sau cu numele altei persoane, fie să gireze cambia din nou în alb sau în ordinul unei anume persoane, să predea cambia unui terț, necompletată. Deci posesorul poate să păstreze cambia ca titlu la purtător sau o poate readuce la forma de titlu la ordin prin indicarea numelui său sau al unui beneficiar (giratar).

796. Efectele girului. Prin gir se transmite în primul rând proprietatea asupra titlului, asupra cambiei. Subsecvent, *efectul translativ* se întinde asupra drepturilor cambiale, adică acele drepturi specifice, încorporate în cambie plus drepturile recunoscute de lege posesorilor legitimi ai titlului (art. 16 din Legea nr. 58/1934).

Girul întărește securitatea titlului prin *efectul de garanție* fixat de lege. Astfel, girantul garantează în mod personal îndeplinirea obligației de acceptare și de plată a trasului la scadență. Posesorul legal al cambiei (în calitate de beneficiar cambial) are dreptul la suma de bani menționată în cambie, la scadență. Acestui drept i se adaugă toate drepturile prevăzute de legislația cambială: dreptul de a prezenta cambia la acceptare și, la scadență, de a o prezenta la plată, dreptul de a obține satisfacerea drepturilor sale de la ceilalți obligați cambiali în caz de refuz de plată etc. Dar un giratar poate să nu fie ultimul posesor al cambiei, transmițând-o la rândul său prin gir. Ca efect al transmiterii cambiei prin gir, girantul își asumă *obligația de a garanta acceptarea și plata cambiei* de către tras (art. 17 din Legea nr. 58/1934). Dacă trasul va refuza acceptarea și plata cambiei, girantul va fi ținut personal să achite suma de bani prevăzută în titlu. Obligația girantului nu privește doar garantarea giratarului său, ci și toți posesorii succesivi ai cambiei față de care girantul este un *obligat de regres*, răspunzător solidar împreună cu toți semnatarii anteriori ai cambiei.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 624.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 648.

Efectul de legitimare al girului priveşte probarea circuitului cambial şi justificarea posesiei legale a ultimului posesor. Deținătorul unei cambii este socotit posesor legitim dacă justifică dreptul său printr-o serie neîntreruptă de giruri, chiar dacă ultimul gir este în alb (art. 18 din Legea nr. 58/1934). Dacă un gir în alb este urmat de un alt gir, semnatarul acestuia este socotit că a dobândit cambia prin efectul unui gir în alb.

Secțiunea a 3-a. Garanțiile de plată ale cambiei

797. Noțiunea acceptării cambiei. Conținutul cambiei şi întreg circuitul cambial ulterior se bazează pe ordinul adresat trasului să achite cambia la scadență. Totuşi, făcând abstracție de raporturile juridice fundamentale din faza contractuală a cambiei, trasul nu îşi asumă vreo obligație distinctă la emiterea cambiei. Înscrisul cambial nu conține semnătura sa nici în momentul emiterii ei de către trăgător, nici în timpul transmiterilor ulterioare prin gir. Fiind vorba de obligații autonome asumate de fiecare subscriitor al cambiei (trăgător şi giranți succesivi) acestea sunt valabile indiferent de poziția trasului. Totuşi finalitatea şi mecanismul pentru a fost proiectată cambia este evident: posesorul cambiei, legitimat cu o succesiune neîntreruptă de giruri, este plătit la scadență de tras. În acest mod circuitul cambial este închis, iar toate obligațiile cambiale se sting. Acceptarea cambiei de către tras este o garanție deloc neglijabilă a plății cambiei. Din acel moment trasul devin *obligat cambial* şi debitor cambial principal. Şi în cazul trasului obligația născută din acceptarea cambiei este o obligație autonomă şi abstractă fără invocarea vreunui raport juridic fundamental[1].

798. Prezentarea cambiei pentru acceptare. Prezentarea cambiei la acceptare are un *caracter facultativ*, acolo unde legea nu o prevede expres, dar orice posesor o poate prezenta trasului înainte de scadență (art. 24 din Legea nr. 58/1934). Posesorul are tot interesul pentru realizarea acestui demers pentru a se asigura de existența proviziunii şi a avea o garanție în plus de plată la scadență[2]. Prezentarea cambiei la acceptare are *caracter obligatoriu* când scadența cambiei a fost stabilită la un anumit termen de la vedere (art. 26 din Legea nr. 58/1934), prezentarea fiind obiectiv necesară în acest caz. Subsecvent prezentării devine certă data scadenței, data plății. Prezentarea cambiei trebuie să aibă loc în termen de un de la emitere, termen ce poate fi mărit sau redus de trăgător. Prezentarea cambiei pentru acceptare este obligatorie şi în cazul când semnatarii cambiali, trăgătorul ori giranții, au stipulat în cambie *clauza prezentării titlului pentru acceptare* (art. 25 din Legea nr. 58/1934).

Întrucât prezentarea cambiei pentru acceptare este ca regulă facultativă, însemnă că posesorul cambiei poate să prezinte cambia direct la plată, fără a o prezenta în prealabil pentru acceptare.

Actul juridic al acceptării se scrie pe cambie, mai exact pe fața înscrisului, sub o formă concludentă. Ea se exprimă prin cuvântul „acceptat" sau orice altă expresiune echivalentă. Acceptarea trebuie să fie semnată de către tras (art. 28 din Legea nr. 58/1934). Simpla semnătură a trasului pusă pe fața cambiei valorează acceptare.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 627.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 629.

Când cambia este plătibilă la un anume timp de la vedere, sau când ea trebuie prezentată spre acceptare într-un termen stabilit printr-o clauză specială, acceptarea trebuie să poarte data zilei când este făcută, afară numai dacă posesorul cere ca ea să poarte data zilei prezentării.

Ca orice obligație cambială acceptarea trebuie să fie *necondiționată*, în acord cu ordinul emis de trăgător la dresarea cambiei. Totuși acceptarea parțială este admisă, ea obligând trasul doar în limita acestei acceptări.

799. Efectele acceptării cambiei. Prin actul acceptării trasul devine (doar acum) obligat cambial, principal, și răspunde direct de plata sumei de bani către posesorul cambiei.

Efectul juridic este nașterea obligației trasului de a plăti la scadență suma de bani menționată în titlu către posesorul cambiei (art. 31 din Legea nr. 58/1934). O astfel de obligație nu exista până în acest moment. Acceptarea cambiei asigură o garanție în plus de executare pentru posesor. Într-adevăr, trasul acceptant este ținut solidar cu trăgătorul, giranții și avaliștii pentru plata cambiei (art. 52 din Legea nr. 58/1934). Trasul acceptant este însă obligatul principal, cel ținut la plată, ceilalți doar garantează, în mod solidar, îndeplinirea obligației acestuia.

Tot ca o garanție acordată posesorului, lege prevede alăturarea de cambie a unei cesiuni de creanță ce are ca obiect creanța trăgătorului asupra trasului (*proviziune*) provenită dintr-o vânzare de mărfuri. Astfel, în cazul neprezentării spre acceptare a cambiei sau în cazul refuzului de acceptare a cambiei de către tras, trăgătorul poate insera în cambie o clauză privind cesiunea creanței sale asupra trasului în limita sumei prevăzută de cambie. În acest caz cesiunea trebuie notificată trasului, iar acceptarea sa, după regulile cesiunii de creanță, nu este necesară. Grefarea cesiunii pe mecanismul cambial conține mai multe condiții (art. 100 din Legea nr. 58/1934) și nu este tipică materiei cambiale.

Cât timp înscrisul cambial este în posesia trasului acesta poate revoca acceptarea sa prin tăierea (anularea) ei explicită de pe titlu.

800. Refuzul de a accepta cambia. Refuzul de acceptare (la fel se întâmplă și în cazul plății) a cambiei trebuie să fie constatat printr-un act autentic (*protest de neacceptare*). Protestul de neacceptare trebuie făcut în termenele fixate pentru prezentare la acceptare (dacă există), de către un executor judecătoresc (art. 66 din Legea nr. 58/1934).

Protestul de neacceptare la plată clarifică poziția trasului față ordinul de plată cuprins de cambie. Acesta exonerează de realizarea ulterioară a protestul de neplată fiindcă trasul o refuzat asumarea obligației independente cambiale. Totuși el rămâne obligat față de trăgător în temeiul raporturilor lor contractuale[1]. Subsecvent constatării în aceste moduri a refuzului de acceptare posesorul cambiei poate exercita, fără întârziere, chiar înainte de scadență, *dreptul de regres* împotriva giranților, trăgătorului și a celorlalți obligați cambiali.

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 633.

801. Acceptarea extraordinară a cambiei. Evitarea declanşării acţiunilor de regres în materie cambială datorită neacceptării cambiei de către tras se poate realiza prin acceptarea la plată de către terţe persoane în locul trasului.

Indicatul la nevoie este o persoană indicată în cambie de către trăgător, girant sau avalist, tocmai pentru ipoteza refuzului de acceptare al trasului. În această situaţie posesorul cambiei este obligat să dreseze un protest de neplată al indicatului la nevoie pentru a avea deschisă calea acţiunilor de regres.

Intervenientul pentru onoare este terţ faţă de raporturile cambiale care are această iniţiativă cu ocazia dresării protestului de neacceptare al trasului. Această persoană va indica persoana pentru care intervine, altfel este prezumat că a intervenit pentru trăgător (art. 76 din Legea nr. 58/1934). Acceptarea sa este inserată pe faţa cambiei cu semnătura sa, doar dacă este acceptată de posesor care are dreptul să refuze intervenţia.

802. Avalul. Garanţiile legale de plată a cambiei sunt multiple: acceptarea trasului precum şi obligaţia de plată independentă asumată de fiecare semnatar: trăgător, giranţi succesivi. Chiar şi aşa solvabilitatea subscriitorilor poate fi pusă la îndoială astfel încât cambia suportă şi garanţii convenţionale, personale, asumate de terţi în scopul plăţii cambiei. Mecanismul cambial cuprinde astfel un instrument de garantare personală a obligaţiilor decurgând din cambie. În materie cambială această garanţie este una specială şi poartă denumirea de *aval*. La origine garanţia în cauză se prezintă ca o fideiusiune însă în materie cambială ia împrumută natura cambiei şi devine o garanţie autonomă şi independentă[1]. Importanţă mare pentru circuitul cambial are acordarea garanţiei de către o persoană de solvabilitate certă. O cambia va fi primită fără ezitări dacă este avalizată de o bancă recunoscută[2].

Avalul este definit un act juridic prin care o persoană (avalist) îşi asumă garantarea obligaţiei asumată de unul dintre debitorii cambiali (avalizat)[3]. Avalistul se obligă solidar cu ceilalţi semnatari ai cambiei la plata sumei de bani prevăzută în cambie. Prin aval, posesorul cambiei dobândeşte un nou debitor, pe lângă debitorul garantat.

803. Condiţiile de valabilitate a avalului. Regulile privind avalul au o exprimare legală succintă. Prin aval se poate garanta plata întregii sume de bani menţionate în cambie ori numai a unei părţi din această sumă. Avalul se scrie pe cambie (sau adaos), respectiv pe faţa cambiei (art. 34 din Legea nr. 58/1934). Avalul este prezumat din simpla semnătură a avalistului pusă pe faţa cambiei (cu excepţia semnăturii trasului sau a trăgătorului care au alt rol).

Avalul se exprimă prin cuvintele *„pentru aval"* sau prin orice altă formulă echivalentă şi este semnat de avalist. Avalul trebuie să arate pentru cine este dat, în caz contrar se prezumă a fi dat pentru trăgător care garantează pentru toţi ceilalţi semnatari[4].

804. Efectele avalului. Avalistul este ţinut în acelaşi mod ca acela pentru care a garantat (art. 35 din Legea nr. 58/1934). Avalistul împrumută poziţia juridică a avalizatului (obligatul garantat), având toate drepturile şi obligaţiile acestuia. În cazul avalului

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 632.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 635.
[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 632.
[4] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 636.

dat pentru tras avalistul dobândeşte şi el poziția de obligat cambial principal obligat la plata cambiei. Dacă acesta plăteşte cambia, el dobândeşte drepturile izvorând din ea împotriva celui garantat, precum şi împotriva acelora care sunt ținuți față de cel garantat în temeiul cambiei. Tot în baza mecanismului cambial avalistul cambiei, trăgătorul, acceptantul şi girantul sunt ținuți răspunzător solidar față de posesorul cambiei (art. 52 din Legea nr. 58/1934), putând fi urmăriți la alegerea acesteia. Plătind cambia avalistul dobândeşte drepturile prevăzute în ea contra celui garantat şi toți ceilalți semnatari aflați în amonte față de acesta, adică persoanele ținute solidar față de avalizat.

Secțiunea a 4-a. Scadența cambiei. Plata şi refuzul plății

805. Plata cambiei. Legea reglementează principiile privind plata cambiei. Prezentarea cambiei şi deci dreptul la plată îl are *posesorul legitim al titlului*, beneficiarul sau ultimul giratar care îşi legitimează posesia prin şirul neîntrerupt de giruri. Plătitorul este dator să verifice doar succesiunea regulata girurilor, nu şi autenticitatea semnăturilor giranților (art. 43 din Legea nr. 58/1934).

Prezentarea la plată este considerată imperativă[1] şi se adresează în primul rând trasului acceptant, care este debitorul principal al cambiei, dar şi avalistului trasului, „acceptantului prin intervenție" sau al persoanei desemnate în cambie să plătească pentru acesta sau la domiciliul celui „indicat la nevoie" (art. 42 din Legea nr. 58/1934). Plata va fi cerută la scadență, conform stabilirii acesteia prin înscrisul cambial, la locul indicat în titlu. Beneficiul termenului nu este în favoarea trasului debitor astfel încât posesorul nu este obligat să accepte plata înainte de scadență (art. 44 din Legea nr. 58/1934). Plata parțială nu poate fi refuzată de posesorul cambiei. În cazul plății, plătitorul poate pretinde remiterea cambiei cu mențiunea de achitare. Această mențiune este necesară pentru proba plății, iar în cazul plății efectuate de debitorii de regres titlul le este necesar pentru exercitarea acțiunilor cambiale împotriva debitorilor lor. Plata parțială nu dă dreptul la remiterea cambiei, pentru că ea este necesară în continuare posesorului pentru realizarea întregii creanțe.

Modificările normative prezente au reglementat şi prezentarea unei cambii la plată „prin trunchiere", respectiv prin transpunerea informațiilor esențiale ale cambiei în format electronic. O asemenea procedură implică instituții de credit pentru care regulamentele B.N.R. impun transmiterea cambiei în format electronic (art. 46^1 din Legea nr. 58/1934).

Efectele plății efectuate de tras sunt unele liberatoare pentru toți participanții cambiali. Plata făcută de trasul acceptant, debitorul cambial principal, stinge obligațiile tuturor debitorilor cambiali (trăgător, girant şi avaliştii acestora şi ai trasului acceptant), stingând în integralitate raporturile juridice cambiale născute de acel înscris. Dacă însă plata este făcută de un debitor de regres, ea stinge numai obligațiile din „aval", respectiv cele care figurează pe titlu după plătitor. Persoanele din „amonte", înaintea persoanei plătitoare, rămân obligate la plată față de plătitorul actual. Giranții anteriori, trasului, trăgătorului şi avaliştii acestora rămân obligați în solitar şi pot fi urmăriți în temeiul cambiei.

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 663.

806. Refuzul plății cambiei. Posesorul cambiei care nu a primit suma de bani prevăzută în cambie de la tras poate obține satisfacerea dreptului său prin mijloace cambiale specifice, caracterizate prin celeritate și solidaritate a codebitorilor de regres, după cum are la îndemână și mijloace extracambiale. Refuzul de plată și deschiderea acestor căi este condiționată de constatarea solemnă a refuzului de plată[1]. Această constatare se realizează prin întocmirea *protestului de neplată* prin intermediul executorului judecătoresc (art. 66 din Legea nr. 58/1934) sau notarului public (art. 8 din Legea nr. 36/1995). Termenul pentru întocmirea protestului de neplată este două zile de la scadență. Înscrisul de protest are o detaliere legală a elementelor obligatorii (art. 69 din Legea nr. 58/1934). Procedura întocmirii protestului este edictată în beneficiul debitorilor de regres, astfel încât ei pot să renunțe la ea prin inserarea unei clauze pe cambie (*fără protest*).

Subsecvent protestului de neplată legea impune notificarea debitorilor de regres[2], *avizarea* acestora în privința refuzului de plată al trasului. În acest scop posesorul cambial trebuie să notifice, prin orice mijloc de comunicare, girantul său și trăgătorul cambial despre refuzul de plată în termen de patru zile de la întocmirea protestului de neplată (art. 50 din Legea nr. 58/1934). Fiecare girant va înștiința mai departe pe girantul său astfel încât incidentul de plată să ajungă la toți obligații cambiali (inclusiv avaliștii). Avizarea, spre deosebire de întocmirea protestului de neplată, nu este o condiție obligatorie pentru conservarea acțiunilor de regres de către posesorul cambial.

Sancțiunea aplicată posesorului pentru neîntocmirea în termenele legale a protestului de neplată (și a celui de neacceptare dacă este obligatoriu) este *decăderea* din drepturile de regres (art. 58 din Legea nr. 58/1934).

Dreptul de regres al posesorului cambiei se naște la data scadenței în condițiile refuzului de plată al trasului și a întocmirii legale a protestului de neplată. În mod excepțional însă acest drept al posesorului se naște și anterior scadenței în cazul refuzului de acceptare a cambiei (constatat prin protest de neacceptare), dar și în situația în care trasul sau trăgătorul se află în stare de insolvență[3].

807. Acțiunea cambială. Căile de valorificare a drepturilor cambiale în cazul neplății acesteia la scadență trimit la folosirea unor acțiuni cambiale, definite legal, sau a executării silite (care poate genera și ea litigii pe calea contestației la executare).

Acțiunea cambială este directă sau de regres în funcție debitorii acționați. *Acțiunea cambială directă* vizează obligarea la plată a debitorilor direcți. Debitorii principali (direcți) sunt trasul acceptant și avaliștii săi. *Acțiunea cambială de regres* are ca obiect obligarea la plată a debitorilor cambiali de regres. Debitorii de regres sunt restul obligaților cambiali (trăgător, giranți și avaliștii lor). Admisibilitatea acțiunii este condiționată de conservarea de către posesor a dreptului de regres în condițiile întocmirii protestului (de neacceptare și de neplată) în termenele legale[4]. Aceste acțiuni cambiale sunt acțiuni

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 668.

[2] Nimic nu împiedecă plata amiabilă a cambiei de un girant. În acest caz trebuie remisă cambia cu indicarea plății pentru conservarea drepturilor girantului plătitor. A se vedea *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 671.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 643.

[4] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 672.

izvorâte din drepturile conferite de calitatea de parte a raportului juridic cambial şi tind la realizarea obiectului acestor raporturi juridice.

808. Executarea cambială. Drepturile cambiale îşi pot găsi o cale de realizare aparent mai rapidă în contextul special al reglementării executării cambiale. Cambia este declarată de lege *titlu executoriu* pentru capital şi accesorii (art. 61 din Legea nr. 58/1934) şi în temeiul acesteia posesorul poate demara executarea directă în temeiul cambiei.

Odată încuviinţată executarea silită şi comunicată somaţia, debitorul poate face *contestaţie la executare* în termen de 5 zile de la această comunicare. Hotărârea pronunţată asupra contestaţiei este supusă numai apelului în termen de 15 zile de la pronunţare. În cazul acestor acţiuni apărările debitorului sunt limitate de caracterul abstract şi autonom al cambiei. De regulă este aplicabil *principiul inopozabilităţii excepţiilor*, în sens cambial, respectiv excepţiile personale privind deţinătorii anteriori ai cambiei nu pot fi opuse posesorului cambiei[1].

Prescripţia acţiunilor cambiale are un o reglementare specială. Dacă acţiunea cambială directă este supusă unui termen de prescripţie de trei ani, acţiunea de regres a posesorului cambiei se prescrie în termen de un an, termenul începând să curgă de la data protestului, iar cea a debitorilor de împotriva altor debitori de regres în termen de şase luni socotite din ziua din care girantul a plătit cambia sau din ziua în care acţiunea de regres a fost pornită împotriva sa (art. 92 din Legea nr. 58/1934).

809. Acţiunile extracambiale. Pe lângă acţiunile cambiale şi contestaţia la executarea cambială, reunite sub denumirea de *mijloace cambiale*, legea reglementează şi mijloacele extracambiale, împreună cu condiţiile în care acestea se mai pot exercita.

Acţiunea extracambială este o *acţiune cauzală* întemeiată pe raportul juridic fundamental al părţilor. Doctrina de drept romanic (francez) insistă asupra supravieţuirii acestuia chiar în contextul caracterului autonom al circuitului cambial. Acesta nu a fost stins niciodată. Eventualul eşec al acţiunilor cambiale reînvie raportul juridic fundamental pentru a da părţilor posibilitatea realizării drepturilor lor.

Regulile de existenţă şi de exercitare a acestor acţiuni, numite cauzale, sunt stricte. O asemenea acţiune nu poate fi exercitată decât după ce se dovedeşte lipsa de acceptare sau de plată a cambiei, cu protestul încheiat conform legii. Posesorul cambiei nu poate exercita acţiunea cauzală decât restituind debitorului cambia sau depunând-o la grefa instanţei competente, justificând în acelaşi timp şi îndeplinirea formalităţilor necesare pentru conservarea faţă de debitor a acţiunilor de regres ce-i pot aparţine. Toate aceste condiţionări sunt necesare pentru a preîntâmpina pierderea eventualelor drepturi de regres ale debitorului.

În afară de acţiunile cauzale, acţiunea extracambială poate fi reprezentată şi de *acţiunea pentru îmbogăţire fără justă cauză*. Dacă posesorul cambial a pierdut acţiunea cambială împotriva tuturor obligaţilor cambiali şi nu are contra acestora acţiune cauzală, el poate exercita contra trăgătorului, acceptantului sau girantului o acţiune pentru plata sumei cu care aceştia s-au îmbogăţit fără cauză în dauna sa, în condiţiile de exercitare a acestei acţiuni[2].

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 647.
[2] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 651.

Capitolul III
Biletul la ordin

810. Noțiune. Reglementare. Biletul la ordin este un titlu de valoare de aceeași natură cu cambia[1]. Ele fac parte din aceeași categorie a efectelor de comerț. În esența biletul la ordin este o cambia simplificată în care trăgătorul are și calitatea de tras. Biletul la ordin este o cambie trasă asupra emitentului însuși. Emitentul se obligă necondiționat la plata sumei de bani din titlu la scadență, către beneficiar sau la ordinul acestuia. Structura biletului la ordin permite realizarea prin mecanismul său a mobilizării creanțelor și finanțării facile a întreprinderilor, fiind un instrument care a cunoscut o folosire intensă în activitatea economică[2].

Reglementarea biletului la ordin are același izvor normativ cu cambia tocmai datorită înrudirii conceptuale, Legea nr. 58/1934. Aspectele particulare ale biletului la ordin sunt reglementate în Titlul II al legii (art. 104-107). Restul dispozițiilor se aplică *mutatis mutandis*, legea stabilind principiul potrivit căruia dispozițiile referitoare la cambie sunt aplicabile și biletului la ordin, în măsura în care nu sunt incompatibile cu natura acestui titlu.

Biletul la ordin este un înscris prin care o persoană (emitent) se obligă să plătească o sumă de bani la scadență unei alte persoane (beneficiar) sau la ordinul acesteia[3]. Din start biletul la ordin presupune raporturi juridice între doar două persoane: *emitentul* și *beneficiarul*. Biletul la ordin are natura unei recunoașteri de datorie de către debitor față de creditorul său, înscris care capătă natură de titlu de valoare, negociabil, transmisibil prin procedeul cambial al girului.

Emiterea biletului la ordin este determinată, ca și cambia, de un raport juridic cauzal, de care se desprinde însă total, dând naștere la drepturi și obligații autonome.

Avantajul și simplitatea biletului la ordin provin din acceptarea de datorie prin care chiar faptul emiterii titlului, lucru care elimină procedura acceptării la plată și a protestului de neacceptare. Prin chiar faptul emiterii biletul la ordin este acceptat la plată de emitent.

811. Condițiile de validitate a biletului la ordin. Biletul la ordin este un titlu de valoare formal care cunoaște condiții asemănătoare cambiei. El trebuie să îmbrace forma scrisă, forma înscrisului sub semnătură privată și să cuprindă mențiunile legale obligatorii (art. 104 din Legea nr. 58/1934).

Denumirea de bilet la ordin. Legea cere ca denumirea de bilet la ordin să fie trecută, în mod similar cambiei, în însuși textul titlului și să fie exprimată în limba folosită pentru redactarea acestui titlu.

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 143.

[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 678.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 652.

BCU BUCUREȘTI CENTRU UNIVERSITAR LIBRARY

Promisiunea necondiționată de a plăti o sumă de bani determinată. Înscrisul trebuie să cuprindă asumarea obligației de plată de către emitent a unei sume de bani determinată.

Indicarea scadenței. Înscrisul trebuie cuprindă scadența obligației de plată asumate de emitent. Modalitățile de stabilire a scadenței sunt reglementate de lege pentru cambie. Dacă nu se arată scadența în scris, plata se va face „la vedere".

Numele beneficiarului. Biletul la ordin trebuie să conțină numele aceluia căruia sau la ordinul căruia trebuie făcută plata. Indicarea beneficiarului este obligatorie, ca și la cambie. Acesta este primul posesor al biletului la ordin care poate prezenta înscrisul pentru plată la scadență sau îl poate transmite prin gir.

Locul plății. Biletul la ordin indică locul efectuării plății de către emitent care în lipsă de indicare expresă va fi locul indicat pentru emitent.

Data și locul emiterii, numele și semnătura emitentului. Indicarea emitentului și semnătura acestuia sunt esențiale pentru biletul la ordin fiindcă acesta este obligatul cambial principal. El își asumă obligația cambială și se obligă la plată la scadență. În cazul persoanei fizice înscrisul va conține numele și prenumele, în clar și semnătura olografă a emitentului, iar în cazul persoanei juridice denumirea acesteia și semnătura olografă a reprezentantului legal ori a împuternicitului emitentului. Identificarea emitentului se face și prin codul emitentului, respectiv codul unic de identificare conform documentelor de înregistrare ale emitentului persoană juridică.

În lipsa mențiunilor obligatorii înscrisul nu va avea valoarea juridică a biletului la ordin (art. 104 din Legea nr. 59/1934).

812. Circuitul și garantarea biletului la ordin. Normele cambiale privind girul sunt aplicabile și biletului la ordin[1]. Deși acest înscris are aparența unei simple recunoașteri de datorie, reglementarea specială face din el un titlu de valoare, un înscris care încorporează drepturi și care se bucură de toate caracterele titlurilor de credit: *caracterul constitutiv, formal, literal și autonom.* Biletul la ordin va circula în mod independent de raporturile juridice contractuale care au stat la baza recunoașterii de datorie a emitentului față de beneficiar.

Girul este actul juridic de transmitere a biletului la ordin prin care girantul își asumă o obligație autonomă de plată a titlului și garantează în solidar cu subscriitorii anteriori plata acestuia la scadență.

Avalul reprezintă garanția autonomă asumată de un terț în privința plății biletului la ordin la scadență. Condițiile de valabilitate ale girului și avalului sunt cele proprii materiei cambiale.

Forța mai puternică a titlului și specificul său, față de cambie, este dat de lipsa incertitudinii în privința acceptării la plată a titlului. Asumarea de către trăgător și a poziției trasului face ca simpla subscriere a biletului la ordin să valoreze însușirea obligației de plată chiar din momentul emiterii.

---

[1] În privința diferențelor dintre biletul la ordin și cambie, a se vedea *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 681.

813. Plata biletului la ordin. Regulile care guvernează plata biletului la ordin sunt cele stabilite pentru plata cambiei, cu diferența esențială a lipsei procedurii acceptării și a protestului de neacceptare, datorită specificului biletului la ordin.

Biletul la ordin, fiind asumat de obligatul cambial principal, se prezintă direct la plată. Emitentul este obligat, la scadență, să plătească biletul la ordin. Doar dacă biletul la ordin are scadența la un anumit timp de la vedere, posesorul titlului trebuie să prezinte emitentului biletul la ordin pentru viză, pentru curgerea termenului până la scadență.

Acțiunile directe sau de regres, ca și la executarea nemijlocită a biletului la ordin sunt similare materiei cambiale[1].

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 655.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul IV
Cecul

814. Noțiune. Mecanism. Cecul, spre deosebire de cambie și biletul la ordin nu este un instrument de credit, ci un *instrument de plată* folosit pentru retragerea fondurilor disponibile la unitatea de credit. Cecul este în mod esențial un instrument bancar[1]. Cecul cunoaște o reglementare[2] deosebită de a celorlalte efecte de comerț. Reglementarea cambiei, este totuși, ca și pentru biletul la ordin, dreptul comun și pentru cec în considerarea unor principii comune care guvernează întreaga materie a efectelor de comerț[3]. Cecul a făcut și el obiectul unei codificări internaționale (Geneva, 1931)[4] la care România nu a aderat, însă a folosit în reglementarea subsecventă principiile acestei codificări uniforme.

Cecul este tot o subspecie de cambie, adaptată comerțului bancar. În mod esențial cecul este o cambie în care trasul, debitorul principal, este o instituție de credit. Această caracteristică a acestui efect de comerț face ca în materia cecului să fie incidente, ca izvoare administrativ-normative, și reglementările B.N.R. emise în domeniul bancar.

Cecul poate fi definit ca un înscris prin care o persoană (trăgător) dă ordin altei persoane, în mod obligatoriu o instituție de credit la care are un disponibil bănesc, numită tras, să plătească, la vedere, o sumă de bani altei persoane (beneficiar)[5]. Prin asemănare cu cambia și spre deosebire de biletul la ordin cecul implică un mecanism tripartit: un trăgător, un tras (instituție de credit) și un beneficiar.

Prezența cecului între titlurile de credit este justificată de caracterele sale juridice: titlu la ordin, complet și formal care încorporează o obligație abstractă de a plăti, la prezentare, suma menționată în titlu[6].

815. Raportul juridic ante-existent între emitent și bancă. Cecul presupune întotdeauna pre-existența unui raport juridic între trăgător și bancă pentru a fi legal. Raportul juridic dintre trăgător și bancă trebuie să-și aibă izvorul într-o convenție privind emiterea de cecuri și, mai ales, trăgătorul să aibă credit la tras. Cecul nu poate fi emis decât dacă trăgătorul are disponibil bănesc pentru efectuarea plății la tras, disponibil asupra căruia are dreptul de a dispune prin cec pe baza unei convenții exprese sau tacite (art. 3 din Legea nr. 59/1934). Dacă aceste condiții sunt încălcate, titlul emis valorează totuși ca cec, dar fapta emitentului poate atragere răspunderea sa în condițiile legii penale (art. 84 din Legea nr. 59/1934)[7].

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 690.

[2] Legea nr. 59/1934 – Legea asupra cecului, cu modificările ulterioare.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 656.

[4] Convențiile uniforme privind cecul, Geneva, 19 martie 1931.

[5] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 144.

[6] Pentru diferențele dintre cec și cambie, a se vedea *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 694.

[7] A se vedea *T. Medeanu, B. Oproescu*, Înșelăciunea cu cecuri si bilete la ordin, Ed. Lumina Lex, București, 2010.

Disponibilul trăgătorului existent la instituția de credit, denumit *provizion* sau *acoperire*, poate fi reprezentat de un depozit bancar al trăgătorului sau de orice formă de creditare ante-acordată de bancă în privința căreia a fost convenită o *convenție de emitere de cecuri* în condițiile legii bancare. Prin convenție banca autorizează pe trăgător să emită cecuri plătibile de ea, la ordinul trăgătorului. Consecința cea mai importantă a acestei premise juridice este faptul că cecul nu mai este supus acceptării. Soluția este una bazată pe raportul juridic ante-existent între trăgător și bancă: obligația de plată a cecurilor emise de trăgător, în limita disponibilului și condițiile convenției încheiate, a fost deja asumată de bancă (tras).

816. Condițiile de valabilitate a cecului. Caracterul de titlu de valoare obligă la respectarea caracterului formal al acestor înscrisuri. Din această cauză și în privința cecului condițiile de formă și cuprinsul minim obligatoriu este prestabilit de lege. În practică aceste cerințe sunt respectate prin faptul că cecul este un imprimat furnizat de bancă care trebuie completat olograf în privința datelor particulare[1].

Cecul trebuie să respecte *forma scrisă*, normele bancare impunând o formă standard, în prezent electronică, și să cuprindă mențiunile obligatorii prevăzute de lege. Asemănător cambiei, cecul trebuie să cuprindă *denumirea de cec* trecută în însuși textul titlului și exprimată în limba întrebuințată pentru redactarea acestui titlu, *ordinul necondiționat de a plăti o anumită sumă de bani, numele celui care trebuie să plătească* (tras), indicarea *locului unde plata trebuie făcută, indicarea datei și a locului emiterii, semnătura* celui care emite cecul (trăgătorul) în condițiile legislației cambiale.

Unele dintre aceste mențiuni obligatorii pot fi totuși suplinite prin prevederea normativă. Lipsa locului plății este suplinită de locul arătat lângă numele trasului (dacă sunt indicate mai multe locuri cecul fiind plătibil la primul loc arătat), iar în lipsa acestuia cecul este plătibil la locul unde trasul are locul principal de desfășurare a operațiunilor comerciale. Cecul care nu arată unde a fost emis se socotește semnat la locul arătat lângă numele trăgătorului.

Numele beneficiarului nu este o mențiune obligatorie a cecului, deoarece legea acceptă cecul la purtător, situație prezumată în lipsa indicării beneficiarului (art. 5 din Legea nr. 59/1934). Prin indicarea beneficiarului cecul este un titlu la ordin, transmisibil prin gir.

Scadența nu este de natura cecului, acesta fiind plătibil la vedere și un instrument de plată ca rezultat al acestei naturi. De altfel orice mențiune privitoare la scadență este considerată nescrisă.

817. Transmiterea și garantarea cecului. Neîndeplinind o funcție de credit transmiterea cecului nu are aceeași încărcătură economică ca în cazul cambiei. Finalitatea sa este plata imediată, nu circulația și creditul. Spre deosebire de cambie, fiind ca regulă un titlu la purtător, transmiterea sa e una redusă la simpla tradițiune. Circulația cecului este dependentă de tipul său: la ordin, la purtător sau nominativ.

Cecul la ordin circulă prin gir, în condițiile proprii tuturor efectelor de comerț. Clauza la ordin este de altfel una prezumată, ca și în cazul cambiei.

---

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 698.

Cecul purtător, regula în materie, circulă prin simpla tradițiune, fără nicio restricție.

Cecul nominativ însoțit de clauza nu la ordin are un regim restricționat de circulație. El se poate transmite doar în condițiile cesiunii de creanță de drept comun.

Avalul cecului urmează materia generală a efectelor de comerț, dar are un interes scăzut în materie. Existența unui tras reprezentat de o instituție de credit conferă o credibilitate ridicată instrumentului pentru a nu mai necesita alte garanții.

818. Plata cecului. Plata cecului prilejuiește câteva reglementări izvorâte din caracteristicile particulare ale cecului. Fiind plătibil la vedere, cecul nu este supus acceptării din partea trasului, așa cum se cere în cazul cambiei, mențiunea de acceptare inserată în titlu fiind considerată nescrisă (art. 4 din Legea nr. 59/1934).

Poziția trasului este una aparte în materia cecului. Nefiind supus cerinței acceptării, trasul rămâne străin de dreptul cambial aplicabil cecului, nefiind un debitor cambial. Din punct de vedere juridic trasul este doar un plătitor (*solvens*) pentru trăgător[1]. El nu poate fi obligat la plată direct de către posesorul titlului, singurul debitor cambial rămânând trăgătorul.

Funcția esențială a cecului, spre deosebire de cambie, este de instrument de plată, cecul fiind *plătibil la vedere* (art. 29 din Legea nr. 59/1934). Din această cauză legea stabilește termene pentru prezentarea la plată a cecului, diferite după locul emiterii și locul plății.

Cecul emis și plătibil în România trebuie să fie prezentat la plată în termen de 15 zile. Cecul emis într-o țară străină și plătibil în România trebuie să fie prezentat în termen de 30 de zile, iar dacă este emis în afară de Europa în termen de 70 zile. Dacă cecul este plătibil în străinătate, termenul de prezentare va fi cel arătat de legea locului plății.

Termenele legale indicate sunt raportate la data indicată în cec ca dată a emiterii. Sancțiunea nerespectării acestor termene nu aduce totuși atingere drepturilor principale consemnate prin instrumentul de plată. Urmarea juridică, legal fixată, este aceea a pierderii de către titular a dreptului de regres împotriva giranților și garanților (art. 30 din Legea nr. 59/1934).

Și în privința prezentării la plată a cecului este reglementat procedeul electronic, *trunchierea*, unde prin trunchiere se înțelege procedeul informatic care constă în transpunerea în format electronic a informațiilor relevante de pe cecul original, reproducerea imaginii cecului original în format electronic și transmiterea informației electronice astfel obținute către instituția de credit plătitoare.

819. Executarea cecului. Deși cecul este un instrument de plată, el rămâne un titlu negociabil și transmisibil în aceleași condiții ca și cambia. Limitările induse de reglementarea termenelor de prezentare la plată fac ca și transmiterea în sine să aibă practice un caracter limitat temporal.

Reglementarea transmiterii titlului (*gir*) și a garantării plății, are o fixare normativă explicită, similară însă reglementării cambiei (art. 15-28 din Legea nr. 59/1934).

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 661.

Beneficiarul cecului are la îndemână mijloace de tip cambial şi extracambial pentru realizarea drepturilor sale. În primul rând, nefiind un obligat cambial (banca), posesorul nu are o acţiune cambială împotriva trasului. Practic posesorul trebuie să-şi conserve drepturile de regres pentru a se putea îndrepta contra trăgătorului şi giranţilor. Acţiunea de regres a beneficiarului prezintă specificul respectării termenelor de prezentare la plată şi a întocmirii *protestului în caz de neplată*. Totuşi trăgătorul rămâne obligat faţă de posesor chiar în situaţia neprezentării la plată sau întocmirii protestului. Cecul are valoare de *titlu executoriu* pentru capital şi accesorii, debitorii având şi ei calea contestaţiei la executare, similară materiei cambiei (art. 53-57 din Legea nr. 59/1934).

Reglementarea cecului cunoaşte inclusiv *acţiunea cauzală* şi *acţiunea pentru îmbogăţire fără justă cauză*, în aceleaşi condiţii proprii materiei cambiei.

820. Tipuri speciale de cec. Legea cecului reglementează un număr de specii de cec folosite în comerţul bancar. Fiecare dintre acestea are un număr de particularităţi care adaugă materiei prezentate.

Despre cecul circular. Această specie de cec are reglementare mai amănunţită prezentând caracteristicile unui titlu de credit (art. 79 din Legea nr. 59/1934).

Emitentul cecului circular este o instituţie de credit, iar primitorii cecurilor, în momentul emisiunii lor, au sumele disponibile la această unitate de credit. Instrumentul de credit este plătibil la vedere în oricare din locurile arătate de emitent. Practic banca recunoaşte depozitele (disponibilul) beneficiarilor, şi le emite un titlu comercial de valoare transmisibil. Caracteristic cecului circular, faţă de biletul la ordin cel puţin, este obligaţia emitentului (bancar) de depunere a unei cauţiuni (în titluri de stat, garantate de stat, sau lombardabile) la Banca Naţională de 40% din valoarea cecurilor circulare emise zilnic. Asupra acestei cauţiuni posesorii cecurilor au un privilegiu special.

Titlul la ordin circulă prin gir şi suportă avalul în condiţiile cambiei, însă posesorul decade din dreptul de regres, dacă nu prezintă titlul la plată în termen de 30 de zile de la emisiune. Girul în favoarea emitentului stinge cecul, închizând cercul şi asigurând specificul acestui cec.

Cecul barat. Efectul barării (două linii paralele pe faţa cecului) constă în limitările induse în privinţa plăţii, după tipul barării[1]. Efectul barării generale (dacă între cele două linii nu se indică nimic ori se face menţiunea „societate bancară" sau alt termen echivalent) este că cecul nu poate fi plătit de tras decât unei societăţi bancare sau unui client al trasului (art. 39 din Legea nr. 59/1934).

Efectul barării speciale (dacă între cele două linii se înscrie denumirea unei societăţi bancare) este că nu poate fi plătit de tras decât societăţii bancare înscrise în cec sau, dacă aceasta este trasul, unui client al acestei societăţi bancare (societatea bancară indicată poate recurge pentru încasare la o altă societate bancară).

Cecul plătibil în cont. Trăgătorul, ca şi posesorul unui cec, poate interzice plata în numerar, scriind pe faţa cecului interdicţia prin cuvintele „plătibil în cont", „numai pentru virament", sau altă expresiune echivalentă. În acest caz, cecul se achită doar fără

[1] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 703.

numerar: credit în cont, virament sau compensare (art. 40-41 din Legea nr. 59/1934), mențiunea neputând fi ștearsă[1].

Cecul netransmisibil și cecul de călătorie. Cecul emis cu clauza „netransmisibil" nu poate fi plătit decât primitorului său, în numerar sau prin creditarea contului său curent (art. 41 din Legea nr. 59/1934). Primitorul nu poate gira cecul decât unei societăți bancare pentru încasare.

Cecul de călătorie, invenție anglo-saxonă[2], permite posesorului să-și acceseze fondurile din altă localitate decât cea în care are conturile, unde instituția de credit are o sucursală sau un agent. Mecanismul folosește două semnături, una aflată pe talonul cecului și a doua furnizată băncii corespondente pe cecul propriu-zis.

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Valorile mobiliare reprezintă o categorie proeminentă a titlurilor de valoare, fiind o specie separată, alături de efectele de efectele de comerț, a acestora. Acțiunile, ca valoare mobiliară reprezentativă, au suferit întotdeauna în cazul verificării satisfacerii caracteristicilor titlurilor de valoare: caracter constitutiv, formal, literal, autonom. În calitate de titluri societare acțiunile au o reglementare completă care permite fixarea exactă a tuturor proprietăților lor.

Cum satisfac acțiunile caracterele titlurilor de valoare și care sunt proprietățile care le îndepărtează de natura acestora. Cum se justifică înregimentarea mai departe a acțiunilor și a valorilor mobiliare în categoria titlurilor de valoare, ținând cont de caracteristicile diferite relevate?

2. Natura juridică a cambiei a cunoscut o dispută teoretică îndelungată, netranșată definitiv, dar pusă în umbră de decăderea cambiei ca mijloc de credit și circulație comercială. Una din teoriile contractuale cele mai elaborate care încearcă să explice trecerea de la raporturile juridice fundamentale la raporturile cambiale este teoria delegației imperfecte. Deși aceasta nu mai este reglementată explicit de Codul civil, ea este în esență o convenție prin care un debitor aduce creditorului său angajamentul unui alt debitor, alături de el. Părțile actului juridic tripartit sunt delegantul, debitorul ce aduce angajamentul unui alt debitor lângă al său, delegatul, persoana ce se obligă alături de delegant și delegatarul, creditorul ce primește angajamentul delegatului.

Care este echivalența între părțile delegației imperfecte (delegant, delegatar, delegat) și părțile raporturilor juridice cambiale (trăgător, tras, beneficiar) și cum explică delegația imperfectă mecanismul cambial. Care sunt problemele pe care acest model de natură contractuală nu le poate explica în privința obligațiilor cambiale?

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 664.
[2] *M. de Juglart, B. Ippolito*, op. cit., p. 742.

3. Biletul la ordin se remarcă între efectele de comerț prin simplitatea și comprehensivitatea instantanee a structurii sale. Recunoașterea de datorie este o formă de înscris care a circulat în perioade destul de vechi. *IOU* (*I owe you*), *eu îți datorez ție*, este o formă uzuală de constatare a unei datorii, utilizată în practică. Totuși biletul la ordin diferă de această formă de drept comun prin caractere și mecanisme diferite.

Prin ce diferă biletul la ordin de recunoașterea de datorie de drept comun? Care sunt avantajele unui bilet la ordin și care sunt caracteristicile în privința circulației acestuia și a creanței de drept comun. Justifică aceste diferențe reglementarea specială a biletului la ordin sau dreptul comun prezent are soluții suficiente în materie?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Noțiunea și tipurile de titluri de valoare.
2. Mențiunile obligatorii ale cambiei.
3. Girul cambiei.
4. Acceptarea cambiei.
5. Avalul cambiei.
6. Plata cambiei.
7. Executarea cambială.
8. Biletului la ordin.
9. Cecul.
10. Plata cecului.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Titlurile de valoare se caracterizează, la modul general, prin:
a) valoare ridicată;
b) sunt valute recunoscute și general acceptate;
c) formalism.

2. Girul este:
a) o formă de garantare;
b) semnarea în locul altui întreprinzător;
c) actul juridic de transmitere a cambiei.

3. Avalul este:
a) modul de transmitere a cambiei;
b) evenimentul premergător actului juridic;
c) actul juridic de garantare a cambiei.

BCU IAȘI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie specifică

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

de Juglart, M., Ippolito, B., Cours de droit commercial, avec travaux diriges et sujets d'examen, vol. I, 11e éd., Montchrestien, Paris, 1995.

Gheorghe, C., Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Gheorghe, C., Dreptul pieţei de capital, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Medeanu, T., Oproescu, B., Înşelăciunea cu cecuri si bilete la ordin, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2010.

Piperea, Gh., Drept comercial, vol. 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TITLUL X
Dreptul procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență

Cuprins

Capitolul I. Introducere
Capitolul II. Codul insolvenței
Capitolul III. Mandatul ad-hoc
Capitolul IV. Concordatul preventiv
Capitolul V. Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii
Capitolul VI. Reorganizarea judiciară
Capitolul VII. Procedura falimentului
Capitolul VIII. Închiderea procedurii insolvenței
Capitolul IX. Grupul de societăți și insolvența
Capitolul X. Proceduri speciale de insolvență. Falimentul instituțiilor de credit
Capitolul XI. Proceduri speciale de insolvență. Falimentul societăților de asigurare și reasigurare
Capitolul XII. Insolvența transfrontalieră
Teme de dezbatere și teste
Bibliografie specifică

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I
Introducere

821. Preambul. Optica comercială asupra greutăților financiare întâmpinate de întreprindere a evoluat în mod constant de-a lungul perioadelor istorice, evoluție care a fost surprinsă și în dezvoltările normative succesive[1].

Imposibilitatea de onorare a datoriilor comerciale de către întreprinzători a cunoscut o primă perioadă istorică axată pe intoleranța față de falit[2]. Falimentul a reprezentat mult timp un stigmat personal aplicat întreprinzătorului fie într-o formă directă (închisoarea datornicilor) fie prin marginalizare sau excludere din profesia comercială (decăderi comerciale etc.).

Eșecul comercial nu a avut parte, în această primă perioadă de circumstanțieri sau diferențieri, rezultatul falimentului neadmițând nicio sustragere de la aplicarea stigmatului și izolării sociale.

Într-o fază ulterioară[3] interesul reglementării a fost concentrat spre sprijinirea creditorilor în maximizarea șanselor de recuperare a creanțelor lor, în instituirea unor proceduri colective de satisfacere a masei credale prin mijloace imediate sau prin reorganizări de natură să permită revirimentul patrimonial al debitorului. Deja din această perioadă întreprinzătorul este ferit de calificări de genul „falit" sau „faliment", pentru a fi denumit în mod neutru „debitor". Răgazul pe care îl putea primi debitorul pentru reorganizare și salvare comercială era gândit strict în interesul creditorilor[4], al căror interes suprem era de altfel legiferat ca principiu al procedurilor de executare colective instituite normativ. Deja această fază normativă a decuplat noțiunea de *faliment* de aceea de *culpă impardonabilă a întreprinzătorului*, acceptând nereușita ca parte a jocului comercial. Debitorul este acceptat în cea mai mare parte a viziunii ca un „nefericit", o „victimă" a evoluțiilor comerciale care are dreptul la un grad de protecție și chiar la un nou start în profesia comercială după străbaterea „purgatoriului" falimentului. Dreptul la o a doua șansă, „renașterea" comercială devin posibile chiar în condițiile în care nu este acoperită întreaga masă credală.

Lipsa fraudei și respectarea procedurii legale pot sa disculpe debitorul, îl pot elibera de datoriile comerciale pentru a-i permite un nou început în afaceri.

822. Evoluție. Perioada prezentă, sub influența puternică a dreptului european și mai ales a celui francez, realizează o dublă reașezare a domeniului întreprinderilor aflate în dificultate.

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 151.

[2] Anticii asimilau falimentul cu frauda: *fallitus, ergo fraudator*.

[3] A se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 666; *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 3; *Y. Guyon*, op. cit., vol. II, p. 7.

[4] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 181.

BCU IAȘI / UNIVERSITY LIBRARY

În primul rând este consfințită deplasarea din domeniul societar (începută în perioada anterioară) și ancorarea insolvenței în domeniul întreprinderii, al entității ce desfășoară o activitate patrimonială, indiferent de incidența noțiunii de comerciant, abandonată total. *Codul insolvenței* se sprijină pe instituțiile noului drept comercial apelând direct la noțiunea cea mai indicată și acoperitoare pentru câmpul de aplicare al insolvenței: *profesioniștii*, cu excluderea explicită doar a profesiilor liberale.

În al doilea rând interesul primordial este deplasat din sfera satisfacerii în mod colectiv a drepturilor creditorilor către salvgardarea debitorului, către susținerea debitorului în eforturile sale de a-și lua locul în circuitul comercial normal.

Sub influența dreptului francez putem vorbi deja de un drept al *„întreprinderilor în dificultate"* care transcende simpla procedură de insolvență. Reorganizarea și falimentul rămân în umbră față de eforturile de evitare, de prevenție a deschiderii acestei proceduri, devenită ultim resort al revigorării comerciale a debitorului.

Legea nr. 381/2009[1] a reintrodus în dreptul nostru interesul pentru sprijinirea întreprinderilor în dificultate anterior ivirii stării de insolvență, prin introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc. Este reglementată în acest mod o perioadă de pre-insolvență, cu finalitatea declarată a prevenirii insolvenței. Procedura concordatului nu este o noutate în dreptul nostru fiindcă, coborând în trecut, peste Legea nr. 85/2006 și peste prima lege specială post-decembristă a reorganizării judiciare și a falimentului (Legea nr. 64/1995), vechiul Cod comercial conținea o asemenea instituție juridică în materia falimentului[2].

Realitatea normativă prezentă obligă la observarea unei faze anterioare insolvenței, faza dificultății financiare a întreprinderii.

823. Politica normativă a abordării dificultății economice. Scopurile normative moderne ale insolvenței prevăd sprijinirea continuării activității întreprinderii, a păstrării locurilor de muncă și a acoperirii creanțelor asupra debitorului, prin proceduri amiabile de renegociere a creanțelor sau a condițiilor acestora (mandatul ad-hoc ori concordatul preventiv).

Întreprinderea în dificultate, concept juridic nou introdus prin Legea privind introducerea concordatului și mandatului ad-hoc, are o delimitare normativă nesigură, îmbibată cu subiectivitate. Două sunt reperele temporale la care trebuie să se raporteze noul concept. Limitele evidente sunt reprezentate de noțiunea de *insolvență* însăși pe de o parte și pe de altă parte de evoluția comercială normală.

Dificultățile financiare invocate trebuie să prezinte o suficientă evidență pentru ieșirea din viața comercială normală, dar trebuie să preceadă în mod categoric starea de insuficiență a fondurilor proprie insolvenței. Este o „jenă" financiară detectabilă care nu atinge încă „patologicul" insolvenței. Suprapunerea poate totuși exista în perioada

---

[1] Art. 3 lit. a) din Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc (M.Of. nr. 870 din 14.12.2009). Codul insolvenței (O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență) o abrogă, dar păstrează în cvasi-totalitatea reglementarea acestei legi. O.U.G. nr. 91/2013 a fost supusă la rândul său controlului de constituționalitate al Curții Constituționale, fiind constatată ca neconstituțională (29.10.2013).

[2] Pentru evoluția normativă de drept intern, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 668.

premergătoare insolvenței, atunci când aceasta este iminentă, așa cum este definită această noțiune de legea privind insolvența. Faza de iminență constă în observarea întemeiată a imposibilității de plată a datoriilor la scadență, cu sumele ce vor fi disponibile la acea dată. O astfel de previziune poate avea un grad ridicat de îndeplinire. Într-o asemenea situație întreprinderea nu se află doar în dificultate, dar are deschis deja accesul în mod legal la procedura insolvenței pe calea cererii introductive făcută de însuși debitorul. Acesta are la îndemână deci alegerea între procedurile speciale prevăzute de legislația concordatului și mandatului ad-hoc și procedura insolvenței. În acest fel faza de dificultate economică este legată în mod natural de starea insolvență spre care întreprinderea poate, în mod nedorit, evolua.

824. Întreprinderea aflată în dificultate. Definiția legală pentru întreprinderea aflată în dificultate a fost de la început una „prețioasă" și derutant de imprecisă: „întreprinderea al cărei potențial de viabilitate managerială și economică se află într-o dinamică descrescătoare, dar al cărei titular execută sau este capabil să execute obligațiile exigibile" (art. 3 din Legea nr. 381/2009, supusă abrogării de Codul insolvenței). În mod natural era necesară distincția față de cele două repere relevate, respectiv starea de insolvență, când debitorul nu mai este „capabil să execute obligațiile exigibile" și starea comercială normală. Al doilea reper este prea prețios evidențiat: potențial economic într-o „dinamică descrescătoare". Dificultățile financiare sunt stări caracterizate prin diminuarea încasărilor și restricționarea accesului la creditul comercial de natură să împiedece desfășurarea activității comerciale normale. Astfel de stări sunt stări de fapt care sunt resimțite și pot fi probate în mod obiectiv de debitor.

Codul insolvenței folosește noțiunea de *debitor în dificultate financiară* identificând astfel debitorul care, deși este capabil să-și execute obligațiile asumate, are un grad de lichiditate pe termen scurt redus sau un grad de îndatorare pe termen lung ridicat, situație financiară care poate afecta îndeplinirea obligațiilor contractuale viitoare (art. 5 pct. 27 din O.U.G. nr. 91/2013, supusă controlului de constituționalitate al Curții Constituționale și constatarea neconstituționalității ei).

În această fază de dificultate economică, premergătoare insolvenței, sunt reglementate două proceduri menite să asiste întreprinderea în demersul de depășire a greutăților întâmpinate în mediul comercial: mandatul ad-hoc și concordatul preventiv.

BCU IASI / CENTRU VECHI

Capitolul II
Codul insolvenței

825. Preliminarii. Domeniul insolvenței este pregătit de o nouă înnoire, prin eforturile de unificare și reglementare consecventă atât a perioadei premergătoare insolvenței cât și a procedurii propriu-zise. Reglementarea privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cunoscută ca *Codul insolvenței*[1], își propune impunerea unei viziuni unitare și superioare reglementărilor anterioare și rectificarea unor disfuncționalități sesizate în aplicarea procedurilor de insolvență.

Contrar unor așteptări cu adevărat inovatoare, Codul insolvenței reprezintă mai mult o consolidare a textelor legale în vigoare, cu adoptarea unor soluții mai degrabă punctuale decât sistemice. Aceste scopuri sunt de altfel asumate de expunerea de motive a actului normativ, Ordonanța de Urgență a Guvernului privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, care insistă pe *o viziune integratoare*, incluzând într-un singur corpus normativ materia generală a insolvenței, dar și materia specială, incidentă în materia instituțiilor de credit și societăților de asigurare/reasigurare, reglementarea insolvenței grupurilor de societăți, reglementarea insolvenței transfrontaliere. *Faza de pre-insolvență* este punctată prin păstrarea mecanismelor prezente de prevenire a insolvenței: mandatul ad-hoc și concordatul preventiv.

O asemenea viziune integratoare este ambițioasă, dar domeniile speciale ale insolvenței sunt foarte legate de izvoarele particulare de reglementare (instituții de credit, piața de capital, societăți de asigurare, norme conflictuale proprii dreptului internațional privat). Domeniul special al insolvenței este puternic dependent de reglementările societare speciale și de autoritățile administrative competente în domeniu (B.N.R., A.S.F.). Aceste domenii speciale sunt intens publicizate prin ingerința necesară a acestor autorități administrative de supraveghere. Ambiția reglementării integrate a acestor domenii nu ține seama de dinamica mult mai mare a domeniilor supravegheate administrativ și caracterul lor *ultraspecializat*. Stabilitatea normativă a Codului insolvenței este periclitată de ramurile speciale care au nevoie de atenție normativă sporită.

Pe de altă parte tratarea *grupurilor de societăți* în cadrul insolvenței, în lipsa unui cadru comercial general, este un alt act de curaj normativ care are șanse mici de a oferi soluții viabile.

Dincolo de aceste abordări îndrăznețe, obiectivele declarate ale codificării sunt mult mai modeste, fiind recunoscute două *elemente conductoare*[2] ale reglementării: asigura-

---

[1] O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență – Codul insolvenței, în vigoare de la 25.10.2013. Decizia Curții Constituționale din 29.10.2013 a constatat că O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență este neconstituțională.

[2] Expunerea de motive la Proiectul de lege privind Expunerea de motive la Proiectul de lege privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (*http://www.just.ro/MinisterulJustitiei/Actenormative/Proiectedeactenormativeaflateînderbatere/tabid/93/Default.aspx*). Proiectul a devenit O.U.G. nr. 91/2013.

rea echilibrului intereselor creditorilor şi debitorului în procedură şi eficientizarea procedurii, prin reducerea duratei şi creşterea gradului de recuperare a creanţelor.

826. Scopurile reglementării Codului insolvenţei. Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă[1] este onestă prin declararea unor scopuri normative şi fixarea unor principii fundamentale pentru întreaga procedură.

Ţintele privind satisfacerea creanţelor creditorilor şi salvarea debitorului în insolvenţă sunt în general divergente şi greu de acomodat, aşa cum se observă din evoluţia istorică a insolvenţei şi politicile normative din diferite sisteme de drept.

Codul insolvenţei, denumirea colocvială pe o care o vom folosi în privinţa Ordonanţei de Urgenţă a Guvernului privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă, reţine aceste deziderate şi le ordonează. Declararea ca neconstituţională a acestei ordonanţe redeschide drumul modificărilor normative în domeniu. Indiferent de forma finală a actului normativ acesta are deja trasate direcţii clare de politică normativă de care trebuie să ţinem cont. Scopul său declarat este „instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a şansei de redresare a activităţii acestuia" (art. 2 Codul insolvenţei). În măsura în care este şi consecvent, legiuitorul dă întâietate drepturilor creditorilor în dauna salvării cu orice preţ a debitorului[2]. Acesta primeşte o şansă, dacă este posibil, pentru redresare, nu are garantată sprijinirea eforturilor sale de relansare economică. Optica se vrea una raţională fiindcă legiuitorul renunţă la obsesia (tipică dreptului francez) de salvare a întreprinderii. Consecvenţa este zdruncinată însă de primul principiu „fundamental" declarat de aceeaşi reglementare: acordarea unei şanse de redresare eficientă şi efectivă a afacerii faţă de debitorii onesti, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenţei, fie prin procedura de reorganizare (art. 4 pct. 1 Codul insolvenţei). Un astfel de principiu nu concordă cu scopul declarat al legii fiindcă absolutizează rolul sprijinirii debitorilor. Bineînţeles a celor onesti.

Codul insolvenţei nu mai este ancorat în conceptul de întreprindere, ci în noţiunea nouă, de profesionist. Din acest punct de vedere legea este corectă fiindcă în optica Codului civil întreprinderea nu este decât o formă de organizare a activităţii economice, *profesionistul* fiind persoana de drept care suportă inclusiv procedura insolvenţei. Referirea la profesionişti este un specific al dreptului român care se sprijină pe o asemenea noţiune.

827. Principiile fundamentale ale reglementării. Una dintre noutăţile *Codului insolvenţei* este asumarea unor principii fundamentale cu rol normativ, fiindcă acestea se vor aplica în tăcerea legii. Unele dintre acestea sunt principii generale care dezvăluie

---

[1] M.Of. nr. 620 din 4 octombrie 2010, în vigoare de la data de 25 octombrie 2013. Decizia Curţii Constituţionale din 29.10.2013 a constatat că O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenţei şi de insolvenţă este neconstituţională, fiind suspendată de drept de la publicarea în Monitorul Oficial.

[2] Unul dintre temeiurile reglementării este reprezentat de constatarea că legislaţia anterioară era una pro debitor, cu deturnarea scopului procedurilor de insolvenţă, care au devenit un mod de protejare a debitorului şi nu o procedură de maximizare a gradului de valorificare a activelor şi a recuperării creanţelor de către creditori (Preambulul O.U.G. nr. 91/2013).

politica normativă a legiuitorului, în timp ce altele privesc faze distincte ale procedurii și au o vocație limitată la aceste faze procedurale.

Principiile generale privesc, în ordinea normativă, eforturile de redresare a debitorilor, asigurarea unei proceduri eficiente, într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, asigurarea unui grad ridicat de transparență și previzibilitate în procedură, asigurarea unui tratament echitabil al creditorilor de același rang, cu recunoașterea drepturilor creditorilor în general și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor pe baza unor reguli clar determinate și uniform aplicabile.

Principiile speciale sunt unele incidente în etape particulare ale procedurii și urmăresc asigurarea accesului la surse de finanțare în perioada de pre-insolvență, observație și reorganizare, limitarea riscului de credit și a riscului sistemic asociat tranzacțiilor cu instrumente financiare derivate, asigurarea unui tratament echitabil între creditorii de același rang prin aprobarea planului de reorganizare, valorificarea cât mai eficientă a activelor în procedura falimentului.

Alte principii speciale sunt pur și simplu sarcini pe care legiuitorul și le trasează singur. Astfel, legea impune ca procedurile de pre-insolvență să pună la dispoziția creditorilor cadrul legal pentru negocierea amiabilă a creanțelor precum și pentru încheierea unui concordat preventiv, insolvența grupurilor de societăți trebuie să ofere instrumentele procedurale care să faciliteze coordonarea procedurilor, procedurile de pre-insolvență și insolvență sunt administrate de practicieni în insolvență și se desfășoară sub controlul instanțelor de judecată.

Soluțiile din noul *Cod al insolvenței*, care înlocuiesc reglementările generale, speciale și transfrontaliere privind insolvența, vor fi oferite în prezentare comparativ cu izvoarele ante-existente acestui cod. Datorită caracterului sugestiv va fi folosită formularea de *Cod al insolvenței* care se referă la O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

Curtea Constituțională, prin decizia sa din 29.10.2013, a admis excepția de neconstituționalitate ridicată direct de Avocatul Poporului și a constatat că O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență este neconstituțională. Chiar și în aceste condiții soluțiile Codului insolvenței vor fi avute în vedere în prezentarea comparativă a domeniului insolvenței, alături de legea veche a insolvenței (Legea nr. 85/2006).

828. Prevenirea insolvenței. Forma integrată a Codului insolvenței permite contemplarea unitară a perioadei de dificultăți a profesionistului, cu antidoturile oferite împotriva presiunii creditorilor. Prevenirea insolvenței nu este o noțiune generală și abstractă, ci subsumează remedii pentru anumiți profesioniști aflați în dificultate financiară. Noțiunea este redimensionată pentru o exprimare mai coerentă, dar nu reușește să convingă mai mult decât formularea din Legea privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc (propusă spre abrogare de Codul insolvenței). *Dificultatea financiară* definită de Codul insolvenței încearcă să surprindă în noțiune jena financiară care nu atinge faza insolvenței. Dificultatea în care se află debitorul implică faptul că acesta își execută obligațiile exigibile din rezultatele activității operaționale sau din resurse atrase prin activitatea financiară, dar are un grad de lichiditate redus pe termen scurt și un grad de îndatorare pe termen lung ridicat, situație care poate afecta îndeplinirea obligațiilor contractuale (art. 4 și art. 5 pct. 27 Codul insolvenței).

Diferența de definire față de Legea privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc nu e chiar atât de mare cum pare. Viziunea mecanicistă a acestei legi (*dinamică descrescătoare*) a fost înlocuită cu o viziune pur economică de Codul insolvenței (*grad de lichiditate și grad de îndatorare*).

Normele generale de drept material și procedural privind perioada de prevenție sunt unele destul de previzibile. Organele care aplică procedurile de prevenție sunt: *instanțele judecătorești* (tribunalul prin judecătorul sindic și preşedintele tribunalului, respectiv curtea de apel ca instanță de apel pentru hotărârile pronunțate de preşedintele tribunalului sau de judecătorul sindic), *mandatarul ad-hoc*, *administratorul concordatar*, respectiv creditorii și debitorul. Tribunalul în jurisdicția căruia se află sediul principal sau sediul profesional al debitorului este competent să soluționeze cererile din perioada pre-insolvență.

829. Structura Codului insolvenței. O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență își propune să unifice materia insolvenței de drept intern preluând materia generală și materia specială a insolvenței. Domeniul de acțiune este cel mai bine relevat de actele normative propuse spre abrogare: Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc, O.G. nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit, Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări (Capitolul III și IV, „Procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare"), Legea nr. 637/2002 privind reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței.

Domeniul asumat de reglementare trebuie să preia și izvoarele europene din materia falimentului instituțiilor de credit și a societăților de asigurare/reasigurare: Directiva 2001/24/CE privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit[1] și facilitează aplicarea directă a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență[2].

În acest mod este trasat domeniul ambițios de aplicare a Codului insolvenței: materia generală, materia specială a insolvenței și incidența în privința grupurilor de societăți și insolvența transfrontalieră.

---

[1] JOCE L 125 din 5 mai 2001.
[2] JOUE L 160 din 30 iunie 2006.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul III
Mandatul ad-hoc

830. Concept legal. Mandatul ad-hoc este definit ca o procedură confidențială, declanșată la cererea debitorului, prin care un specialist în insolvență (mandatar), propus de debitor și numit de instanță, negociază cu creditorii în scopul atingerii unui acord cu unul sau mai mulți dintre aceștia în vederea acordării de înlesniri temporare pentru depășirea stării sale de dificultate[1].

Mandatul ad-hoc din reglementarea prezentă este un prim pas către sprijinirea debitorului, în care accentul este pus pe confidențialitate și negociere privată. Recursul la sistemul judiciar este unul minim și necontencios. Instanța, prin președintele său, este chemată doar să constate în mod general existența unor dificultăți financiare și să desemneze un mandatar care va acționa în limitele puterilor conferite de debitor. Oferta sa de contractare cu creditorii (în numele debitorului) se va înscrie perfect în limitele mandatului special acordat de mandantul debitor. Rolul procedurii este unul de mediere, care putea să stea sub autoritatea legislației speciale privind medierea. Izvorul normativ rezervă acest mandat strict pentru practicienii în insolvență care dobândesc astfel un monopol total și în privința procedurilor pre-insolvență.

831. Inițierea procedurii. Mandatul ad-hoc este înțeles ca o procedură în esență extrajudiciară, confidențială, aflată strict la îndemâna debitorului aflat în dificultate.

Debitorul, în mod exclusiv, formulează o cerere de numire a unui mandatar ad-hoc cuprinzând o descriere detaliată a motivelor care fac necesară procedura pe care o adresează președintelui tribunalului. Debitorul propune și un practician în insolvență, membru al UNPIR, în calitate de mandatar ad-hoc.

832. Deschiderea procedurii. Președintele tribunalului dispune convocarea (prin agent procedural) în termen de cinci zile a debitorului și a mandatarului propus. Procedura se desfășoară în camera de consiliu.

Confidențialitatea procedurii este obligatorie pentru toate persoanele și instituțiile care iau parte sau sunt implicate în aceasta. Instanța, prin președintele său, verifică doar existența dificultăților întreprinderii după ascultarea debitorului și calitatea de practician în insolvență a mandatarului propus.

Dacă aceste condiții sunt întrunite președintele tribunalului desemnează, prin încheiere, mandatarul ad-hoc propus.

833. Obiectul mandatului acordat, realizarea și încetarea sa. Obiectul mandatului ad-hoc va fi de a perfecta, în termen de 90 de zile de la desemnarea sa, un *acord* între debitor și unul sau mai mulți creditori ai săi în vederea depășirii stării de dificultate în care se află întreprinderea debitorului.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 673. A se vedea și *Gh. Piperea*, Legea concordatului, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010.

Acordul urmăreşte acceptarea de către creditori a unor „păsuiri" pentru debitori în scopul diminuării presiunii financiare asupra întreprinderii. Acest lucru se poate realiza prin reeşalonări, reduceri parţiale de datorii, continuarea sau încetarea unor contracte în curs, reduceri de personal, precum şi orice alte măsuri de natură economică benefice pentru întreprindere.

Procedura în sine este în acest mod una extrajudiciară şi convenţională. Depăşirea dificultăţilor întreprinderii are la bază acceptul creditorilor pentru îmbunătăţirea temporară a situaţiei debitorului lor.

Natura juridică a raporturilor dintre părţi este diferită. Raportul juridic dintre debitor şi mandatar este unul bazat pe contractul de mandat, cu obiect clar definit de scopul său. Raporturile juridice dintre debitor şi creditor ante-există situaţiei şi vor fi modificate sau stinse doar prin acordul de voinţă al părţilor.

Mandatul ad-hoc, ca specie de mandat, încetează prin *denunţarea unilaterală* a mandatului de către părţi (debitor sau de către mandatarul ad-hoc) sau prin îndeplinirea obiectului său (încheierea unui act juridic cu creditorii). Modalitatea specială de încetare este expirarea duratei legale maxime impuse pentru această procedură (90 de zile) fără a fi încheiat un acord între debitor şi creditorii săi.

Pentru simetrie juridică cu deschiderea procedurii, în toate aceste situaţii, la cererea debitorului sau a mandatarului ad-hoc, preşedintele tribunalului va constata încetarea mandatului ad-hoc prin încheiere definitivă.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul IV
Concordatul preventiv

834. Noţiune. Concordatul preventiv are o reglementare mult mai strictă decât mandatul ad-hoc[1]. Caracterul instituţionalizat al procedurii este subliniat de tratarea acesteia într-un mod similar procedurii insolvenţei. Izvorul normativ se preocupă de persoanele cărora le este aplicabilă procedura (debitorii), de organele care participă la realizarea procedurii, de deschiderea, desfăşurarea şi încheierea procedurii.

Deşi caracterul convenţional al procedurii se păstrează, *judecătorul sindic* dobândeşte competenţe asemănătoare procedurii insolvenţei în privinţa cenzurii actelor încheiate pe toată perioada desfăşurării demersurilor privind concordatul preventiv.

Adunarea creditorilor concordatari, administratorul concordatar (conform Codului insolvenţei, conciliatorul în forma anterioară), alături de judecătorul sindic creează un cadru al procedurii inspirat în mod vădit din procedura insolvenţei însăşi. În acest mod concordatul este o formă embrionară de insolvenţă bazată pe compromisurile dintre debitor şi creditori (acordul de voinţă care le reprezintă este concordatul preventiv însuşi, ca act juridic). Voinţa părţilor va guverna în ultimă instanţă aceste raporturi juridice, cu observarea soluţiilor conferite de normele juridice pentru încheierea şi executarea concordatului preventiv.

Desfăşurarea acestei proceduri are relevanţă şi din perspectiva insolvenţei înseşi fiindcă este de natură, prin omologare, a amâna în mod legal deschiderea procedurii insolvenţei, conferind, în mod provizoriu şi în condiţiile reglementării şi câteva dintre efectele procedurii insolvenţei: suspendarea provizorie a executărilor silite, suspendarea cursului prescripţiei extinctive şi a dobânzilor, penalităţilor etc.

Conferirea de efecte acestei proceduri şi dincolo de limitele sale strict convenţionale, recunoaşterea opozabilităţii şi faţă de creditorii neparticipanţi la acest raport juridic, prin omologare, translatează întreaga procedură într-un cadru instituţional special, premergător cadrului insolvenţei.

835. Concordatul în reglementarea Codului comercial. Concordatul comercial nu este o noţiune şi instituţie juridică nouă în dreptul nostru. Anterior primei legi speciale asupra falimentului [Legea nr. 64/1995 (abrogată)] toată această materie îşi avea izvorul juridic în Cartea a III-a (*Despre faliment*) din Codul comercial.

În interiorul procedurii clasice a falimentului era reglementată şi procedura concordatului[2]. Fiind integrat în procedura falimentului, acest concordat nu era unul preventiv. Din contră, era o modalitate specială şi restrictivă de încetare a stării de faliment. Odată încheiat concordatul şi omologat de judecătorul sindic, în urma verificării legalităţii sale, acesta devenea obligatoriu inclusiv pentru creditorii ne-acceptanţi. Mai

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 155.

[2] Codul comercial, Cartea a III-a (*Despre faliment*), Titlul VI (*Despre încetarea şi suspendarea falimentului*), Capitolul III (*Despre concordat*), art. 845-865.

mult, avea un efect revigorant pentru falit: orice efect al falimentului înceta, iar debitorul reintra în circuitul comercial normal evitând inclusiv stigmatul decăderilor foarte dezonorante reglementate de acest izvor juridic vechi.

Concordatul, ca act juridic, rămânea supus sancțiunilor civile comune, respectiv nulitatea[1] și rezoluțiunea[2] cu efectul suplimentar al redeschiderii procedurii falimentului în cazul incidenței acestor sancțiuni.

Concordatul din reglementarea prezentă și-a păstrat mare parte din substanța juridică, dar a schimbat temeiurile teleologice ale existenței sale. Concordatul prezent, devenit preventiv, a evadat din interiorul procedurii insolvenței devenind din mijloc de salvare de la faliment mijloc de prevenție, de evitare a incidenței procedurii falimentului. Dincolo de această mutație imanentă reglementarea în sine a instituției este una mai degrabă similară. Oferta de concordat, încheierea sa și omologarea sa, dar și sancțiunile nulității și rezoluțiunii sunt în general aceleași.

Prin reglementarea concordatului preventiv prezent rolul judecătorului sindic transcende și el procedurii insolvenței, magistratul devenind un gardian al procedurilor privind întreprinderile în dificultate în general.

836. Debitorii vizați. În privința beneficiarilor procedurii concordatului preventiv izvorul normativ pornește de la aceeași filosofie normativă folosită în privința conferirii beneficiului reorganizării judiciare din procedura insolvenței. În acest sens excluderile care vor fi folosite în acea procedură se regăsesc în mod logic și aici. Beneficiul procedurii concordatului preventiv este refuzat dacă în trei ani anteriori ofertei de concordat preventiv debitorul a mai beneficiat de un concordat preventiv care a eșuat, precum și în cazul incidenței infracțiunilor speciale, economice. Beneficiul procedurii este refuzat dacă în ultimii cinci ani anteriori deschiderii procedurii concordatului preventiv debitorul, dar și asociații și administratorii acestuia, au fost condamnați (definitiv) pentru un număr de infracțiuni speciale[3].

Șirul excluderilor continuă cu debitorii în privința cărora a fost atrasă răspunderea membrilor organelor de conducere sau supraveghere a debitorului pentru aducerea acestuia în stare de insolvență în condițiile legislației insolvenței (art. 169 Codul insolvenței) sau ale prevederilor unor legi speciale.

---

[1] Art. 853 și 862 C.com. (abrogat).

[2] Art. 863 C.com. (abrogat).

[3] Interdicția privește săvârșirea unei infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și pentru infracțiunile prevăzute de: Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice, cu modificările ulterioare; Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare; Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare; Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare; Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism, republicată; Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare; Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cu modificările ulterioare, și infracțiunile prevăzute de chiar Codul insolvenței [art. 16 lit. b) Codul insolvenței].

837. Participanții la procedura concordatului preventiv. Judecătorul sindic. Izvorul normativ reține, în calitate de participanți, judecătorul sindic, conciliatorul (administratorul concordatar) și adunarea creditorilor concordatari. Fiecare dintre aceste părți au un rol bine fixat în desfășurarea procedurii.

Judecătorul sindic primește atribuții exprese în această procedură, fiind cel chemat să numească administratorul concordator (inițial în mod provizoriu), să constate concordatul și să omologheze (în condițiile legii) concordatul preventiv, să supravegheze aderarea la concordatul preventiv a creditorilor ne-semnatari și să judece principalele acțiuni incidente în materie. Aceste acțiuni privesc în special suspendarea provizorie a executărilor silite contra debitorului, în baza proiectului de concordat preventiv și acțiunile în nulitate și în rezoluțiune a concordatului preventiv [art. 17 Codul insolvenței; art. 15 din Legea nr. 381/2009].

Din punct de vedere procedural acțiunile judecate de judecătorul sindic în această materie se judecă de urgență (și în camera de consiliu).

838. Administratorul concordatar (conciliatorul) și atribuțiile sale. Administratorul concordatar (conform Codului insolvenței, acest termen îl înlocuiește pe cel de *conciliator*) este persoana chemată să gestioneze în mod efectiv procedura concordatului preventiv, în limitele mandatului conferit de debitor, cu respectarea prevederilor imperative ale acestei proceduri. Și în acest caz conciliatorul trebuie să fie un *practician în insolvență*, subsecvent monopolului profesional instituit pentru această categorie profesională.

Propriu concordatului, și cumva similar procedurii mandatului ad-hoc, administratorul concordatar (împreună cu debitorul) elaborează „oferta de concordat", proiectul actului juridic care va fi negociat cu unii (cu observarea limitei legale) sau toți creditorii. Partea esențială este reprezentată de *„planul de redresare"*, un instrument juridic asemănător cu planul de reorganizare din procedura insolvenței.

Rolul administratorului concordatar va fi acela de a media un asemenea instrument juridic între creditori și debitor până la atingerea unei forme acceptate de părți.

Administratorul concordatar este cel chemat să întocmească *tabelul creditorilor* împreună cu tabelul creditorilor concordatari (cei acceptanți sau aderenți) subsecvent constatării și omologării concordatului preventiv de către judecătorul sindic (la cererea sa). După încheierea concordatului administratorul concordatar capătă și atribuții și obligații față de creditori, respectiv supraveghează îndeplinirea obligațiilor asumate de către debitor (întocmește și transmite adunării creditorilor concordatari rapoarte lunare sau trimestriale asupra activității sale și a debitorului) și informează adunarea creditorilor concordatari asupra neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare de către debitor a obligațiilor sale.

Administratorul concordatar are și prerogativele convocării adunării creditorilor concordatari, pronunțării asupra existenței sau inexistenței unor motive de rezoluțiune a concordatului preventiv și sesizării instanței în privința închiderii procedurii concordatului preventiv.

839. Adunarea creditorilor concordatari. Adunarea creditorilor concordatari reunește creditorii acceptanți ai concordatului preventiv fie prin acord inițial de voință, fie pe calea aderării ulterioare.

Legea acordă calitate procesuală activă acestui organ, care își desemnează reprezentantul, în privința acțiunii în rezoluțiune a concordatului preventiv. În calitate de cocontractanți ai debitorului în raportul juridic născut de concordatul preventiv creditorii acceptanți au dreptul de a invoca rezilierea actului juridic în situația nerespectării de către debitor a obligațiilor sale contractuale.

Alte atribuții ale adunării creditorilor privesc aprobarea *rapoartelor administratorului concordatar* privitoare la îndeplinirea de către debitor a obligațiilor asumate prin concordat și co-decizia, împreună cu debitorul, în privința desemnării unui nou administrator concordatar (dacă este cazul) și a cuantumului onorariului acestuia [art. 21 Codul insolvenței, art. 18 din Legea nr. 381/2009].

Normele privind convocarea și decizia în adunarea creditorului sunt redate concis de izvorul normativ: adunarea creditorilor concordatari va fi convocată de administrator concordatar precum și la cererea creditorilor reprezentând 10% din valoarea totală a creanțelor concordatare, iar hotărârile sunt adoptate cu majoritatea, ca valoare, a creanțelor concordatare reprezentate în adunare [art. 21 Codul insolvenței, art. 19 din Legea nr. 381/2009].

840. Deschiderea procedurii. Procedura concordatului este conferită în mod exclusiv debitorului, întreprinderii în dificultate. Acesta poate introduce la tribunalul în jurisdicția căruia se află sediul său o *cerere de deschidere a procedurii* însoțită de o propunere pentru un administrator concordatar (dintre practicienii în insolvență). Judecătorul sindic numește administratorul concordatar provizoriu prin încheiere, deschizând practic procedura (inclusiv în forma procedurală a constituirii unui dosar pentru actele procedurale următoare). Păstrând inițiativa în desfășurarea evenimentelor, debitorul întocmește împreună cu administratorul său concordatar, în termen de 30 de zile, o ofertă de concordat preventiv pentru creditori (împreună cu o listă a creditorilor destinatari).

Subsecvent acestei faze administratorul concordatar provizoriu notifică oferta de concordat preventiv către toți creditorii și realizează o publicitate a acesteia prin depunere la dosarul cauzei, prin înregistrare într-un registru special al instanței și prin menționare în registrul comerțului în care este înregistrat debitorul (sau alt registru special propriu).

Oferta în sine de concordat preventiv conține *proiectul de concordat preventiv* propus de debitor creditorilor împreună cu justificarea acestuia, respectiv informarea realizată de acesta privind starea de dificultate financiară în care se află.

Expunerea stării de dificultate trebuie fundamentată pe baza situației contabile la zi a debitorului (respectiv starea activului și a pasivului întreprinderii certificată de un expert contabil sau audiată de un auditor financiar dacă normele privind auditul sunt aplicabile debitorului persoană juridică) împreună cu proiecția evoluției financiar-contabile pe următoarele șase luni. Situația de dificultate trebuie întregită cu cauzele identificate pentru această stare împreună cu măsurile luate deja de debitor pentru depășirea acesteia până la depunerea ofertei de concordat preventiv.

841. Oferta de concordat. Oferta de concordat va conține *un plan de redresare* indicând modalitățile prin care debitorul înțelege să depășească starea de dificultate financiară. Acestea pot viza reorganizarea activității prin schimbarea managementului

debitorului, modificarea structurii funcționale, reducerea personalului, restructurări statutare sau finanțări obținute prin majorarea capitalului social, împrumuturi bancare sau emisiuni de obligațiuni, vânzarea de active, constituirea de garanții etc.

Oferta contractuală propriu-zisă, de interes imediat pentru creditori, este reprezentată de impactul preconizat asupra drepturilor principale și accesorii deținute de aceștia. Poate fi vizat procentul de satisfacere a creanțelor și termenele pentru satisfacerea creanțelor, redimensionate prin concordat.

Creditorilor li se propun în special amânări sau reeșalonări la plata creanțelor lor, dar și stingerea în tot sau în parte a unor creanțe sau a unor dobânzi, penalități de întârziere.

Toate aceste propuneri de modificare a raporturilor juridice recunoscute cu creditorii necesită, bineînțeles, acceptul explicit al creditorilor. Nicio propunere fantezistă nu are șanse de reușită atât timp cât decisivă pentru încheierea unui concordat este persuasiunea la adresa creditorilor în sensul că redimensionarea creanțelor și sprijinirea continuării activității debitorului este o alternativă preferabilă încetării activității debitorului sau incidenței unei proceduri de insolvență în care șansele de recuperare a creanțelor sunt și mai reduse.

Legea concordatului impune niște limite în privința cuantumului redus, posibil de negociat, pentru creanțe și în privința termenului maxim de plată: procentul de reducere al creanțelor nu poate scădea sub 50%, ca urmare a implementării măsurilor de redresare prin concordat preventiv, iar termenul-limită pentru satisfacerea creanțelor astfel stabilite nu poate depăși 18 luni de la data încheierii concordatului preventiv [art. 21 alin. (2) din Legea nr. 381/2009].

Codul insolvenței modifică sensibil coordonatele planului de redresare propus creditorilor reglementat de legea anterioară. Astfel, limitele de negociere și implicit procentul de reducere al creanțelor este lăsat în mod liber la dispoziția părților, iar termenul-limită pentru satisfacerea creanțelor stabilite prin concordat este mărit până la maxim 24 de luni (18 luni în reglementarea anterioară) de la data constatării sau omologării concordatului prin hotărâre executorie [art. 24 alin. (2) Codul insolvenței]. Existența creditorilor bugetari împiedecă o reducere nefundamentată comercial a cuantumului creanțelor pentru a nu viola interdicțiile sensibile din materia ajutorului de stat. În acest sens este reglementat *testul creditorului privat*, incident și în procedura de reorganizare judiciară din cadrul insolvenței. Scopurile testului urmăresc înlăturarea suspiciunilor de ajutor de stat ca urmare a acceptării de către creditorii bugetari a reducerii cuantumului creanțelor lor. Acest test reprezintă comparația între cuantumul creanței bugetare obținut în cadrul unei proceduri de pre-insolvență sau reorganizare (prin raportare la capacitatea de negociere a unui creditor privat diligent), comparativ cu cuantumul obținut în procedura de faliment a debitorului. Analiza este fundamentată pe un raport de evaluare întocmit de către un evaluator autorizat (membru ANEVAR) care compară valoarea ce va fi obținută de creditorul bugetar în cazul lichidării prin faliment a debitorului comparativ cu valoarea creanței din programul de plăți propus de debitor (art. 5 pct. 70 Codul insolvenței). În mod declarat nu constituie ajutor de stat situația în care folosind *testul creditorului privat* este probat faptul că distribuțiile pe care le-ar primi creditorul bugetar în cazul unei proceduri de pre-insolvență sau reorganizare sunt superioare celor pe care le-ar primi într-o procedură de faliment.

842. Încheierea şi constatarea concordatului preventiv. Prin reglementarea sa, concordatul preventiv poate deroga de la regula strictă a unanimităţii proprie acordului de voinţă contractual, în cazul omologării sale, subsecvente încheierii şi constatării prin act jurisdicţional, respectiv actul juridic poate produce efecte dincolo de sfera creditorilor semnatari şi a debitorului, în condiţiile legii.

Efectele juridice ale concordatului sunt recunoscute dacă titularii a două treimi din valoarea creanţelor acceptate şi necontestate, plus debitorul, ajung la un acord comun în privinţa ofertei de concordat preventiv.

Creditorii nu au un rol pasiv în această procedură, de simpli receptori ai ofertei de contractare emise de debitor. Ei pot negocia, în mod individual sau colectiv clauzele contractuale cu debitorul. Negocierea se va realiza pe parcursul unei perioade ce nu poate depăşi 60 de zile [art. 26 alin. (3) Codul insolvenţei] (30 de zile în Legea privind introducerea concordatului preventiv şi mandatului ad-hoc) calendaristice, cu prilejul unor şedinţe colective ori individuale de negociere, în prezenţa conciliatorului procedurii. Forma finală a ofertei de concordat preventiv, împreună cu eventualele amendamente acceptate prin negocieri, va fi notificată din nou creditorilor care îşi exprimă acceptul prin corespondenţă (este de principiu un „vot prin corespondenţă").

Conform regulilor de formare a contractelor, pe calea ofertei şi a acceptării acesteia de către destinatar, acceptarea (votul favorabil) necondiţionată asupra concordatului preventiv are valoare deplină contractuală (de formare a actului juridic reprezentat de concordat), în timp ce orice condiţie, modificare etc., introdusă în procesul de negociere nu reprezintă o acceptare (votul este considerat vot negativ).

Exprimarea poziţiei creditorilor (votul lor) este exercitat într-un interval de 30 de zile calendaristice calculate de la data primirii ofertei de concordat preventiv de către creditor. După scurgerea acestui interval de timp se poate verifica condiţia de existenţă a concordatului preventiv: concordatul preventiv se consideră aprobat dacă întruneşte voturile creditorilor care reprezintă majoritatea de două treimi din valoarea creanţelor acceptate şi necontestate. Pentru prevenirea fraudelor legiuitorul exclude de la vot creditorii care se pot afla în relaţii privilegiate cu debitorul [art. 27 alin. (6) Codul insolvenţei, art. 24 din Legea nr. 381/2009][1].

Încheierea concordatului are practic loc prin atingerea majorităţii de adoptare stabilită normativ: două treimi din valoarea creanţelor acceptate şi necontestate.

Administratorul concordatar va fi cel care solicită judecătorului sindic să constate existenţa *concordatului preventiv* astfel încheiat. Judecătorul sindic constată concordatul preventiv prin încheiere, după verificarea exclusivă a condiţiilor de legalitate expuse. Concordatul încheiat şi constatat prin încheiere se menţionează şi în registrul comerţului pentru publicitate şi opozabilitate.

843. Efectele încheierii concordatului preventiv. Procedura concordatului naşte efecte juridice recunoscute legal chiar din momentul depunerii, din faza deschiderii procedurii, a ofertei de concordat preventiv. Din acest moment, în condiţiile ordonanţei preşedinţiale, debitorul poate solicita suspendarea provizorie a urmăririlor silite. Efec-

[1] Codul insolvenţei prevede că creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlaţi sau se află sub control comun cu debitorul, pot vota cu privire la concordat doar în cazul în care acesta le acordă mai puţin decât ar primi în cazul falimentului.

B.C.U. „M. EMINESCU"

tele provizorii ale suspendării urmăririlor silite individuale se întind până la publicarea concordatului preventiv aprobat sau, în caz de eșec al procedurii, până la respingerea ofertei debitorului de către creditori [art. 25 Codul insolvenței, art. 22 din Legea nr. 381/2009]. Aprobarea concordatului preventiv nu este indiferentă pentru efectele amintite. În mod declarat normativ, de la data comunicării hotărârii de constatare a concordatului preventiv se *suspendă de drept* urmăririle individuale ale creditorilor semnatari asupra debitorului, concomitent cu suspendarea corelativă a curgerii termenului prescripției dreptului de a cere executarea silită a creanțelor acestora contra debitorului. Tot de la această dată se suspendă de drept față de creditorii semnatari și curgerea dobânzilor, a penalităților, și a altor accesorii ale creanțelor [art. 29 Codul insolvenței, art. 27 din Legea nr. 381/2009].

Efectele juridice ale concordatului preventiv, la solicitarea debitorului (ordonanță președințială) inițial, se consolidează prin constatarea judiciară a concordatului, însă doar față de co-contractanții concordatului, față de creditorii acceptanți.

844. Omologarea concordatului preventiv. Opozabilitatea față de terți și consolidarea efectelor concordatului preventiv poate să depășească natura pur convențională și să capete o natură instituțională pe calea omologării realizată de instanța judecătorească prin judecătorul sindic.

Condițiile pentru omologare sunt mai restrictive decât pentru încheierea și constatarea concordatului preventiv. Succesul convențional al înțelegerii dintre debitor și creditor, evidențiat prin votarea covârșitoare a concordatului, poate fi sancționat de instanța judecătoreasca prin extinderea, în temeiul legii, a efectelor acestuia și asupra creditorilor nesemnatari, inclusiv necunoscuți sau contestați. Astfel, concordatul preventiv devine un act obligatoriu pentru toate categoriile de creditori.

Condițiile de omologare implică satisfacerea unor condiții cumulative exprese: concordatul preventiv este aprobat de creditorii care reprezintă cel puțin 90% din valoarea totală a creanțelor, iar valoarea creanțelor contestate sau în litigiu nu depășește 10% din masa credală [art. 30 alin. (2) Codul insolvenței, art. 28 din Legea nr. 381/2009]. Alături de aceste condiții care privesc masa credală trebuie verificată și starea de dificultate financiară a întreprinderii.

Efectele omologării constau în principal în extinderea efectelor concordatului preventiv asupra raporturilor juridice în care sunt părți debitorul și creditorii ne-semnatari, inclusiv creditorii bugetari (cu respectarea prevederilor legale privind ajutorul de stat). Legea prevede că toate procedurile de executare silită vor fi suspendate de drept corelativ cu suspendarea și a cursului prescripției extinctive aferente creanțelor respective. În privința dobânzilor, penalităților și a oricăror alte cheltuieli aferente creanțelor, acestea pot fi supuse unui moratoriu (o amânare a scadenței) de maxim 18 luni (durata maximă a procedurii este de 24 de luni conform Codului insolvenței), prin hotărâre a judecătorul sindic în condițiile acordării de garanții creditorilor de către debitor. Totuși, în privința titlurilor executorii obținute asupra debitorului ulterior omologării concordatului creditorii au alegerea între a adera la concordat (prin cerere depusă la administratorul concordatar) sau a-și recupera creanțele prin executare silită (art. 32 Codul insolvenței).

După omologarea concordatului preventiv debitorul își desfășoară activitatea în condițiile fixate prin acest act juridic, în condițiile activității sale comerciale obișnuite, sub supravegherea administratorului concordatar.

845. Incidente procedurale. Așa cum prevedea și vechea procedură comercială a concordatului [din Codul comercial (abrogat)], sancțiunile aplicabile concordatului preventiv sunt *anularea* și *rezoluțiunea* acestuia. Aceste sancțiuni civile comune prezintă caracteristici în materia specială a concordatului preventiv. Reglementarea legală se ocupă de închiderea procedurii concordatului preventiv începând cu aceste modalități de tip sancționator de stingere a procedurii.

846. Nulități. Motivele de *nulitate absolută* ridicate în privința concordatului preventiv respectă regimul de drept comun, respectiv conferă calitate procesuală activă oricărei persoane interesate, iar sancțiunea civilă aplicată este imprescriptibilă.

Codul insolvenței impune însă un termen de prescripție și pentru acțiunea în nulitate absolută, de 6 luni de la data menționării concordatului la registrul în care este înregistrat debitorul [art. 34 alin. (2)].

În privința *nulității relative* legea acordă calitate procesuală activă doar creditorilor care au votat împotriva concordatului preventiv, iar termenul de prescripție al acțiunii în anulare este de 15 zile de la data menționării concordatului în registrul comerțului. În ambele situații este disponibilă calea procedurală a ordonanței președințiale pentru *suspendarea efectelor concordatului* preventiv [art. 34 alin. (3) Codul insolvenței, art. 32 din Legea nr. 381/2009]. Normele speciale nu detaliază în privința motivelor de nulitate astfel încât va trebui să acceptăm că încălcarea normelor juridice edictate pentru încheierea valabilă a actului juridic (atât cele contractuale generale cât și cele speciale care privesc procedura concordatului) este de natură să atragă nulitatea concordatului preventiv.

847. Rezoluțiune. În condițiile dreptului comun neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor contractuale dă dreptul părții lezate la rezoluțiunea contractului și daune-interese pentru prejudiciul provocat.

Acțiunea specială a rezoluțiunii concordatului preventiv cunoaște restricții în privința calității procesuale active și a aprecierii asupra obligațiilor încălcate de către debitor, respectiv *adunarea creditorilor concordatari*, prin reprezentantul ales, are calitate procesuală activă pentru exercitarea acțiunii în rezoluțiune a concordatului preventiv, aspect asupra căruia adunarea poate delibera chiar dacă propunerea nu a fost înscrisă pe ordinea de zi.

Legiuitorul restrânge aria de admisibilitate a acțiunii în rezoluțiune în sensul că doar „încălcarea gravă" de către debitor a obligațiilor asumate prin concordatul preventiv conferă dreptul la acțiune. Într-un mod exemplificativ și cazuistic *încălcarea gravă* este declarată ca existând în cazul favorizării unuia sau mai multor creditori în dauna celorlalți, al sustragerii în orice mod de la valorificare a unor active din patrimoniul

debitorului în perioada concordatului preventiv sau al efectuării de plăți fără contraprestație sau în condiții „ruinătoare"[1].

Exercitarea acțiunii în rezoluțiune are și un efect *ope legis*: suspendarea procedurii concordatului preventiv [art. 35 alin. (3) Codul insolvenței, art. 33 din Legea nr. 381/2009].

848. Închiderea procedurii concordatului preventiv. Închiderea în sine a procedurii concordatului poate ține de motive economice intrinseci sau de cauzele externe reprezentate de sancțiunile civile parcurse: nulitatea și rezoluțiunea concordatului preventiv. Ambele sancțiuni atrag încetarea procedurii concordatului preventiv și înlăturarea efectelor acestuia: reducerile operate asupra creanțelor, reeșalonările în privința scadențelor și înlăturarea accesoriilor creanțelor.

Eșecul procedurii concordatului poate fi și unul intrinsec: administratorul concordatar poate constata că este *imposibilă realizarea obiectivelor concordatului*, chiar din motive externe voinței debitorului, motiv pentru care cere judecătorului sindic închiderea procedurii. În cazul în care îndeplinirea obligațiilor este doar îngreunată și încetinită, până la limita temporală maximă permisă pentru concordatul preventiv (24 luni conform Codului insolvenței, 18 luni conform Legii privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc), administratorul concordatar are și opțiunea supunerii votului creditorilor a prelungirii duratei concordatului cu maximum șase luni față de durata inițială [art. 36 alin. (3) Codul insolvenței].

Închiderea procedurii poate consfinți și *reușita acordului dintre creditori și debitori* prin executarea întocmai a obligațiilor asumate, la termenul prevăzut în contract sau anterior acestuia. Judecătorul sindic va constata epuizarea efectelor concordatului prin pronunțarea unei încheieri prin care va constata realizarea obiectului concordatului preventiv. Față de prevederile concordatului executat prin acordul părților, modificările raporturilor juridice obligaționale (de exemplu, cuantumul creanțelor prevăzute în concordatul preventiv) rămân definitive între părți.

[1] De observat ca aceste acțiuni constituiau sub reglementarea vechiului Cod comercial mai degrabă motive de nulitate. Deși nu sunt prevăzute expres, premisele clasice ale rezoluțiunii, neîndeplinirea obligațiilor contractuale în mod culpabil, trebuie considerate ca subzistând și în materia de față.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul V
Procedura insolvenței. Deschiderea procedurii

849. Noțiune și evoluție normativă a insolvenței[1]. Insolvența în sine este o noțiune care conține în definiția sa evoluția și schimbarea percepției publice și normative asupra materiei falimentului. Schimbarea centrului de greutate din punct de vedere lingvistic de la faliment la insolvență trădează acceptarea eșecului comercial ca inerent desfășurării activităților economice. Mai mult, înțelegerea manifestată pentru situația „nefericită" a debitorului transpare din incidența de ultim resort a falimentului propriu-zis în prezent și eliminarea referirii la faliment din titlul legii de reglementare.

Dacă prevenția, în mod transparent privită cu simpatie de legiuitor, și mecanismele instituite pentru sprijinul întreprinderii în dificultate au eșuat, procedura insolvenței preia ștafeta protecției debitorului. Fiindcă privită în mod global, procedura insolvenței apare mai mult ca un adăpost de urgență, ca o procedură de protecție a debitorului împotriva executărilor nemiloase ale creditorilor individuali decât ca un instrument punitiv îndreptat împotriva debitorului care a eșuat în activitatea sa.

Dacă normele și instituțiile juridice proprii materiei profesionistului în dificultate financiară pun accentul pe inițiativa și puterea de negociere a debitorului (sprijinit de mandatarul ad-hoc sau administratorul concordatar), pe natura contractuală a instrumentelor de protecție oferite, cu intervenția minimă a instanței de judecată, pășind în domeniul procedurii insolvenței rolul instanței devine mai accentuat. Insolvența în sine este împletirea dintre un demers judiciar (dosarul și actele procedurale ale etapelor insolvenței) și un demers managerial, de supraveghere sau gestiune directă (prin administratorul judiciar) a averii debitorului.

Deși rolul practicienilor în insolvență este accentuat de legea prezentă, caracterul judiciar al procedurii nu poate fi pus la îndoială (dosarul cauzei, termenele „de continuare a procedurii", înlocuite cu „termene administrative de control sau de judecată" în Codul insolvenței, acțiunile proprii procedurii).

850. Politica normativă prezentă a insolvenței. Legea clarifică din punct de vedere terminologic și juridic noțiunile folosite asumându-și o definire proprie a termenilor utilizați. În acest fel abordările subiective și „stările de fapt" proprii legilor anterioare în domeniu, cu exemplul clasic al stării de „încetare de plăți", sunt în mare parte îngrădite.

Insolvența, ca noțiune, era prezentă și în reglementările vechi pentru întregirea dihotomiei insolvență-insolvabilitate. Se spunea că *insolvabilitatea* este o stare a patrimoniului (obiectivă, definită ca preponderența pasivului asupra activului debitorului) în timp ce *insolvența* era o caracteristică a debitorului (subiectivă, reprezentată de imposibilitatea onorării datoriilor curente datorită lipsei lichidităților, raportul obiectiv dintre activul și pasivul patrimonial al debitorului fiind indiferent).

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 167.

Practic insolvența ca noțiune proprie a procedurii cu același nume a preluat încărcătura semantică din doctrina veche și a dobândit și o definiție expresă: acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile art. 4 și art. 5 pct. 29 Codul insolvenței, art. 3 pct. 1 din Legea nr. 85/2006[1].

Insolvența, în reglementarea prezentă, este o stare „remediabilă", cunoscând o procedură de principiu reversibilă. Este un ansamblu de tehnici juridice și de management proiectate să susțină debitorul în încercarea sa de a depăși „insuficienta fondurilor" prin asigurarea unei protecții față de executările intempestive, prin impunerea unui „moratoriu", a unei perioade de grație și de refacere consfințită printr-un plan de reorganizare. Prin contrast, *falimentul*, inclus în algoritmul general al procedurii, a rămas în prezent doar o posibilitate de evoluție a fenomenului, o parte a insolvenței cu finalitate implacabilă: extincția debitorului, radierea sa.

Raportul dintre insolvență și faliment este de tip gen-specie. Falimentul este o specie din cadrul insolvenței, o evoluție patologică împotriva căreia legea conferă instrumente de evitare.

851. Izvorul juridic și scopurile reglementării. Codul insolvenței își propune să înlocuiască o lege relativ tânără, Legea nr. 85/2006[2], situație care nu a ocolit-o în timpul acțiunii sale de numeroase redimensionări și ajustări. Așteptatul *Cod al insolvenței*[3] își propune să grupeze normativ toate textele de interes în domeniu: procedurile preventive, insolvența în sine, și reglementările speciale. Modificarea legilor insolvenței poate exemplifica foarte bine raportul necesar dintre realitatea socială și economică și legiferarea de acte normative. Ajustarea legii a răspuns unor evoluții rapide în realitatea întreprinderilor: criza economică a indus o stare cvasi-generală de „insuficiență a fondurilor" tradusă printr-un flux impresionant de întreprinderi împinse pe tărâmul insolvenței juridice. Drept urmare răspunsul normativ ales pentru adaptare la realitatea economică a fost acela de înăsprire a condițiilor de „eligibilitate" pentru insolvență. Dacă insolvența a devenit un lucru cvasi-comun, redefinim noțiunea pentru a o feri de devalorizare. Pe această direcție legiuitorul a extins anterior legii perioada de manifestare a „insuficienței" fondurilor de la 30 de zile la 90 de zile și a ridicat pragul valoric al creanțelor pentru admitere în procedura insolvenței la cca 10.000 euro (45.000 lei). *Codul insolvenței* realizează o nouă ajustare stabilind pentru insolvența prezumată o

---

[1] Codul insolvenței include în definiția insolvenței insolvența prezumată și insolvența iminentă: insolvența debitorului se prezumă atunci când acesta, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă; insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței (art. 5 pct. 29 Codul insolvenței). Legea nr. 85/2006 indică, în aceleași condiții, un termen de 90 de zile de la scadență.

[2] Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței (M.Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006), cu modificările ulterioare, abrogată din 25.10.2013 de O.U.G. nr. 90/2013 – Codul insolvenței. Declararea ca neconstituțională a Codului insolvenței lasă loc de noi redimensionări normative.

[3] O.U.G. nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență (M.Of. nr. 620 din 4 octombrie 2013), în vigoare din 25.10.2013. Decizia din 29.10.2013 a Curții Constituționale impune revederea sa pentru a răspunde constatării neconstituționalității.

perioadă de grație de 60 de zile, iar pentru *valoarea-prag* valoarea de 40.000 lei (atât pentru creditori cât și pentru debitori).

Legislația insolvenței[1] a mai fost modificată și pentru a fi corelată în mod optim cu normele mai noi aplicabile întreprinderilor (profesioniștilor) în reglementarea Codului civil.

În privința scopurilor reglementării[2], acestea se pot situa într-o anumită contradicție cu percepția subiectelor de drept destinatare și cu analizele doctrinei. Putea fi detectată o contradicție manifestă între scopurile declarate ale Legii privind concordatul preventiv și mandatul ad-hoc (asimilată de Codul insolvenței) și Legea privind procedura insolvenței (propusă spre abrogare la rândul ei de Codul insolvenței). Pentru o unitate normativă și o teleologică, scopurile acestor acte normative trebuiau conciliate. Astfel, scopul legii preventive, a concordatului și mandatului ad-hoc, era „salvgardarea întreprinderii în dificultate, în vederea continuării activității acesteia, păstrării locurilor de muncă și a acoperirii creanțelor asupra debitorului"[3]. Procedura în sine a insolvenței, mai veche, țintea explicit „acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență"[4]. În mod clasic neexecutarea obligațiilor bănești la scadență era percepută ca fiind nocivă nu numai pentru creditorul particular, ci și pentru alte întreprinderi, datorită interdependențelor comerciale. Pericolul de „efect de avalanșă" indus de blocajele financiare naște o atitudine severă de corectare a situațiilor de insuficiență a fondurilor bănești prin acoperirea degrabă a creanțelor debitorului într-o procedură colectivă și concursuală.

Diferența de scopuri normative declarate ale legilor invocate a indus nevoia de acceptare a unor scopuri imediate și a unora mediate, cu observarea relației dintre ele. Logica normativă și relația dintre textele studiate impunea ca ierarhizarea celor două scopuri să fie următoarea: scopul imediat era salvgardarea întreprinderii, iar scopul mediat era reprezentat de acoperirea creanțelor. O asemenea ierarhizare nu este însă neapărat la adăpost de critică, iar doctrina insista pe decantarea unui *drept al întreprinderilor aflate în dificultate* coagulat tocmai în jurul unei finalități de susținere a întreprinderii în eforturile ei de supraviețuire economică. Întreprinderea este actorul principal al sistemului economic și social și necesită protecție și sprijin activ pentru depășirea perioadelor de dificultăți financiare[5].

Codul insolvenței unifică materia prevenirii insolvenței cu procedura de insolvență și declară scopuri unice pentru întreaga reglementare: acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia. În

---

[1] Cu privire la reglementarea insolvenței sub imperiul Legii nr. 85/2006, a se vedea *I. Turcu*, Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2012; *St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, Noua lege a insolvenței – Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, București, 2006; *Gh. Piperea*, Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008; *N. Țăndăreanu*, Insolvența în reglementarea Legii nr. 85-2006, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

[2] Pentru trăsăturile generale ale procedurilor de insolvență, a se vedea *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 187.

[3] Art. 2 din Legea nr. 381/2009, propusă spre abrogare de Codul insolvenței.

[4] Art. 2 din Legea nr. 85/2006, propusă spre abrogare de Codul insolvenței.

[5] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 187. Procedura insolvenței permite întreprinzătorului aflat în dificultate să eșueze în mod organizat.

acest mod scopurile reglementării par a fi inversate față de reglementarea anterioară, cu renunțarea la favorizarea debitorului, la protecția sa în dezacord cu interesele creditorilor. Principiile dezvoltate de actul normativ obligă însă comentatorul să nu se grăbească în ierarhizarea fermă a celor două deziderate. Sprijinul pentru profesionistul în dificultate este afirmat în continuare de noua reglementare care privește cu simpatie șansele de reorganizare în dauna falimentului.

Secțiunea 1. Condițiile aplicării procedurii insolvenței

852. Tipuri de proceduri și debitori. Legea nr. 85/2006, ca și Codul insolvenței, discerne între două specii de insolvență ce conțin două tipuri de proceduri atrase de caracteristicile debitorilor. Aplicarea practică a legii a demonstrat că în multe cazuri este sortită eșecului desfășurarea insolvenței pe două etape mari, reorganizarea și falimentul, fiind preferabilă stabilirea de la început a unei proceduri simplificate, respectiv eliminarea din start a posibilității reorganizării judiciare a debitorului.

Noțiunile incidente, care definesc speciile de proceduri de insolvență, sunt perioada de observație, reorganizarea judiciară și procedura falimentului, iar speciile în sine sunt delimitate *în procedura generală* și *procedura simplificată de insolvență*.

Perioada de observație este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment. În mod explicit legea instituie o perioada distinctă care oricum exista în practică. Este partea din procedură care conține măsurile preparatorii ale organelor implicate în procedură și în care rapoartele administratorului judiciar fixează reperele următoare de dezvoltare ale procedurii.

Reorganizarea judiciară este procedura aplicabilă debitorului persoană juridică de restructurare juridică și economică (restructurarea operațională sau financiară a debitorului, restructurarea statutară prin modificarea structurii de capital social sau lichidarea unor bunuri din averea debitorului, pe baza de plan de reorganizare), în vederea achitării datoriilor sale [art. 5 pct. 54 Codul insolvenței, art. 3 pct. 20 din Legea nr. 85/2006]. Reorganizarea este etapa de salvare a debitorului viabil din punct de vedere economic (cel puțin din perspectiva planului de reorganizare aprobat).

Procedura falimentului este partea din procedura insolvenței (colectivă și egalitară) care urmărește strict lichidarea averii debitorului pentru acoperirea pasivului, atrăgând extincția și radierea debitorului din registrul comerțului.

Procedura insolvenței în forma extinsă, denumită „generală", implică posibilitatea parcurgerii de către debitor, după perioada de observație, succesiv, a procedurii de reorganizare judiciară și eventual a procedurii falimentului sau, în mod distinct, numai reorganizarea judiciară sau numai procedura falimentului.

Procedura simplificată, delimitată de lege, definește situația în care debitorul intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație care are ca obiect identificarea situației debitorului[1].

Diferențele par greu de decelat, însă practica a impus o asemenea selecție apriorică a debitorilor. În mod esențial, în procedura generală, chiar dacă debitorul poate ajunge

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 680.

în faza falimentului fără parcurgerea reorganizării judiciare, el avea o asemenea vocație, nu se afla printre categoriile de debitori „condamnați" în mod implacabil la faliment. Eșecul reorganizării judiciare în unele cazuri nu echivalează cu o procedură simplificată. Vocația reorganizării exista în privința debitorului supus procedurii generale de insolvență.

Procedura simplificată este cea care identifică din start debitorii supuși procedurii insolvenței care datorită calităților proprii nu sunt „eligibili" din start pentru o procedură de reorganizare judiciară. Aceste „calități" sunt identificate fie la data deschiderii procedurii (cu consecința intrării directe și imediate în procedura falimentului) fie sunt detectate ulterior deschiderii procedurii, în perioada de observație, cu aceeași finalitate.

853. Debitorii din procedura insolvenței. Legea nr. 85/2006 reglementa categoriile de debitori care puteau fi subiecte ale *procedurii generale* a insolvenței[1]. Aceștia erau societățile reglementate de Legea nr. 31/1990, societățile cooperative și organizațiile cooperatiste, societățile agricole, grupurile de interes economic precum și orice altă persoană juridică de drept privat care desfășura și activități economice[2].

Debitorii „condamnați" în mod aprioric la aplicarea *procedurii simplificate* erau întreprinzătorii persoane fizice, întreprinderile familiale[3], debitorii care și-au exprimat intenția de intrare în faliment sau care nu se califică (datorită decăderilor fixate chiar de procedura insolvenței) pentru accederea la o procedură de reorganizare judiciară.

Codul insolvenței instituie ca regulă procedura generală a insolvenței pentru toți profesioniștii (mai puțin membrii profesiilor liberale). Prin excepție, procedura simplificată este aplicabilă profesioniștilor persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale; întreprinderilor familiale, membrilor întreprinderii familiale; debitorilor care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment; profesioniștilor care nu au obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu sunt înregistrați în registrele speciale de publicitate [art. 38 alin. (2) Codul insolvenței].

Alături de aceste cazuri cu acțiune implacabilă de la data deschiderii procedurii există și situații particulare, detectabile în perioada de observație, care atrag în mod obligatoriu și cu tentă sancționatorie, procedura falimentului. Astfel de debitori, evidențiați de Codul insolvenței, sunt cei care nu dețin bunuri în patrimoniu, actele constitutive sau documentele contabile sau administratorii nu sunt de găsit, sediul social este inexistent (nu mai există sau nu corespunde sediului declarat la registrul comerțului), societatea a fost deja dizolvată prin procedurile comune comerciale sau debitorii nu s-au conformat unor obligații clare de producere a tuturor documentelor relevante în cazul deschiderii procedurii insolvenței.

---

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 201-217.

[2] Pentru detalierea tipurilor de debitori, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 683-691.

[3] Sub regimul O.U.G. nr. 44/2008, formele prezente de desfășurare a activității economice în afara unei persoane juridice sunt persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale.

854. Testul insolvenței. Tipurile de debitori evidențiate ca persoane care au vocația accederii la procedura insolvenței ajung efectiv în această situație dacă se află „în stare de insolvență" sau de „insolvență iminentă".

Renunțând la situația de fapt a încetării de plăți, testul insolvenței este unul aparent facil. Izvorul normativ relevă conținutul exact al unui asemenea test.

Insolvența este definită ca acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile[1].

Insolvența este prezumată ca fiind vădită atunci când debitorul nu a plătit datoriile sale față de creditori în termen de 60 de zile de la scadență (art. 5 pct. 29 în Codul insolvenței). Legea nr. 85/2006 instituie un termen de 90 zile în această privință.

Insolvența este considerată normativ ca *iminentă* atunci când se probează că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile sale datorită lipsei disponibilităților bănești la acea data.

În realitate testul insolvenței nu este așa de evident cum pare la prima lectura. *Prezumția de insolvență vădită* este una relativă. Ea doar schimbă sarcina probei. Adică este suficient ca debitorul, în situația prezumției, să probeze existența fondurilor sale bănești. În litera legii motivul lipsei plății (contestarea creanței, reaua-voință etc.) nu trebuie să aibă relevanță juridică. Simpla probă a disponibilităților bănești răstoarnă prezumția și starea de insolvență. Este suficient ca debitorul „să arate banii".

Noțiunea *insolvenței iminente* este și mai abstractă. Proba cerută creditorului poate părea diabolică: el este ținut să probeze faptul altuia (debitorului) la o data viitoare (scadența)[2]. Proba lipsei disponibilităților în prezent (care nu semnifică insolvență fiindcă nu există nicio creanță exigibilă) nu este suficientă fiindcă obiectul probei este reprezentat de disponibilitățile bănești din viitor, de la data scadenței. De aceea este de așteptat să privim probațiunea în mod rezonabil. Dacă creditorul probează o așteptare întemeiată în privința lipsei disponibilităților la data scadenței insolvența ar trebui acceptată ca iminentă (și probată).

Testul insolvenței mai poate conține și un element obiectiv. Creditorii au deschis drumul spre atragerea debitorului în insolvență numai dacă acesta, timp de cel puțin 60 de zile (90 de zile conform Legii nr. 85/2006), nu a plătit datoriile ce exced în cuantum *valoarea-prag*. Această valoare-prag este cuantumul minim al creanței pentru care creditorii (conform Codului insolvenței și debitorii) au deschisă procedura insolvenței[3]. Mai mult, creditorii sunt ținuți, anterior solicitării deschiderii procedurii insolvenței, să compenseze mai întâi datoriile reciproce, de orice natură. Dacă suma rezultată rămâne peste valoarea-prag procedura insolvenței este deschisă creditorilor.

În concluzie testul insolvenței, respectiv aplicarea procedurii insolvenței, rămâne indiferent față de raportul dintre activul și pasivul patrimoniului debitorului[4]. Preva-

---

[1] Pentru analiza elementelor noțiunii, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 692.

[2] Singurul care ar putea invoca insolvența iminentă este debitorul însuși. *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit.

[3] Legea nr. 85/2006 fixează această valoare-prag la suma de 45.000 lei, iar pentru creditorii-salariați la nivelul de șase salarii medii pe economie de salariat [art. 3 pct. 12 din Legea nr. 85/2006]. Valoarea-prag este de 40.000 lei în Codul insolvenței (art. 5 pct. 71).

[4] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 695.

lența activului patrimonial asupra pasivului va asigura însă succesul facil al unui plan de reorganizare simplu, prin vânzarea de active, și continuarea normală a activității comerciale după satisfacerea tuturor creanțelor și închiderea procedurii.

Secțiunea a 2-a. Participanții la procedura insolvenței.

855. Noțiunea de participant[1]. Organele definite de lege care aplică procedura insolvenței sunt: instanțele judecătorești, judecătorul sindic, administratorul judiciar și lichidatorul. Enumerarea legală este una clasică care exclude în mod tradițional formele instituționalizate de reprezentare a „părților" participante la procedură, respectiv *administratorul special* pentru debitorul persoană juridică și *adunarea și comitetul creditorilor* pentru partea creditorilor.

Principiul instituit de lege este acela că organele-participanți trebuie să realizeze cu celeritate actele și operațiunile pe care legea le dă în competența lor, cu observarea drepturilor și obligațiilor celorlalți participanți la procedură [art. 40 alin. (2) Codul insolvenței, art. 5 din Legea nr. 85/2006].

856. Instanțele judecătorești. Instanțele judecătorești cu competențe în timpul procedurii insolvenței sunt *tribunalul* și *curtea de apel*. După încercarea de a limita numărul tribunalelor cu competențe în procedura insolvenței (intenția era de a crea, pentru unitate de practică, un singur tribunal de insolvență în interiorul unei curți de apel) forma prezentă a legii păstrează în sistemul insolvenței toate tribunalele, inclusiv eventualele tribunalele specializate (foste comerciale), acolo unde acestea există.

Competența materială pentru judecata pe fond a cererilor privind insolvența va aparține tribunalului (secției de insolvență a tribunalului sau tribunalului comercial dacă acestea există), iar *competența teritorială exclusivă* va aparține acelui tribunal în a cărui circumscripție își are sediul debitorul (cel cu care figurează acesta în registrul comerțului, în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor și fundațiilor după caz). Competența teritorială va fi câștigată indiferent dacă ulterior sesizării instanței debitorul își schimbă sediul [art. 41 alin. (3) Codul insolvenței, art. 6 din Legea nr. 85/2006].

Noutatea introdusă prin redactarea *Codului insolvenței* este stabilirea competenței teritoriale după sediul existent cu 6 luni înainte de data sesizării instanței. În cazul în care sediul a fost schimbat cu mai puțin de 6 luni anterior depunerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, sediul principal al debitorului este cel cu care acesta figura la registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociaților și fundațiilor înainte de schimbare [art. 41 alin. (2) Codul insolvenței].

Referirea la tribunal în procedura insolvenței privește în fapt fixarea exactă a competenței teritoriale și materiale în domeniu. Atribuțiile tribunalului în privința procedurii insolvenței sunt exercitate prin *judecătorul sindic*, magistrat din cadrul tribunalului numit în condițiile legii privind organizarea judiciară și statutul propriu.

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 174.

În mod tradițional competențele judecătorului sindic sunt redate exhaustiv de lege pentru acoperirea cât mai cuprinzătoare a actelor procedurale incidente în timpul insolvenței.

Alături de tribunal, *curtea de apel* întregește sistemul instanțelor competente material în procedură. Hotărârile tribunalului, prin judecătorul sindic, sunt definitive și executorii, astfel încât curtea de apel judecă întotdeauna în ultimă instanță și cu celeritatea indusă de normele speciale aplicabile judecății. Calea de atac, unică, este *apelul*, iar hotărârile judecătorului sindic nu vor putea fi suspendate de curtea de apel, cu excepțiile reținute de lege[1]. Într-un mod intrat în dreptul comun judecătorul sindic nu dispune suspendarea cauzei în cazul ridicării unei excepții de neconstituționalitate admisibilă[2].

Nevoia de celeritate, dar și de realizare a publicității actelor procedurale a impus instituirea în materie a unui *Buletin al procedurilor de insolvență* (BPI), publicație editată de Oficiul Național al Registrului Comerțului. Acesta care are drept scop publicarea citațiilor, convocărilor, notificărilor și comunicărilor actelor de procedură efectuate de participanții la procedură. Regulile privind citarea prin această publicație, dar și excepțiile care necesită respectarea procedurii civile comune, sunt atent fixate normativ [art. 42 Codul insolvenței, art. 7 din Legea nr. 85/2006][3].

857. Judecătorul sindic. În mod tradițional judecătorul sindic este considerat un participant aparte la procedură deși în mod explicit el este persoana prin care se realizează competențele tribunalului în cadrul procedurii.

Atribuțiile, exemplificative totuși, identificate de lege pentru judecătorul sindic sunt relevante fiindcă realizează un adevărat rezumat la procedurii insolvenței.

Activitatea judecătorului este una exclusiv jurisdicțională astfel încât atribuțiile sale încearcă să epuizeze acțiunile și cererile care pot fi îndreptate către instanță de la momentul deschiderii până la momentul închiderii procedurii. Codul insolvenței (art. 45) reține ca atribuții pentru judecător: pronunțarea motivată a hotărârii de deschi-

---

[1] Acestea se refereau la sentința de respingere a contestației debitorului la deschiderea procedurii, sentința prin care se decide intrarea în procedura simplificată, sentința prin care se decide intrarea în faliment și sentința de soluționare a contestației la planul de distribuire a fondurilor obținute din lichidare [art. 8 alin. (4) din Legea nr. 85/2006].

Codul insolvenței reține următoarele excepții: sentința de deschidere a procedurii insolvenței împotriva debitorului; sentința prin care se decide intrarea în procedura simplificată; sentința prin care se decide intrarea în faliment; sentința de soluționare a contestației la planul de distribuire a fondurilor obținute din lichidare și din încasarea de creanțe; sentința de soluționare a contestațiilor împotriva măsurilor administratorului judiciar/lichidatorului judiciar; sentința prin care s-a confirmat practicianul în insolvență; sentința prin care a fost înlocuit practicianul în insolvență [art. 43 alin. (5)].

[2] În condițiile art. 29 alin. (5) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale.

[3] Codul insolvenței fixează reguli procedurale speciale pentru litigiile din domeniu. Codul de procedură civilă va reglementa litigiile din materie, dar termenul pentru depunerea întâmpinării este de maxim 10 zile de la comunicare, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul sindic fixează, prin rezoluție, în termen de maxim 3 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției [art. 42 alin. (1) Codul insolvenței].

dere a procedurii insolvenței și, după caz, de intrare în faliment, atât prin procedura generală, cât și prin procedura simplificată; judecarea contestației debitorului împotriva cererii introductive a creditorilor pentru începerea procedurii; judecarea opoziției creditorilor la deschiderea procedurii; desemnarea motivată, prin sentința de deschidere a procedurii, a practicianului în insolvență; confirmarea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor; înlocuirea, pentru motive temeinice a administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, judecarea cererilor de a i se ridica debitorului dreptul de a-și mai conduce activitatea; judecarea cererilor de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere care au contribuit la ajungerea debitorului in insolvență; judecarea acțiunilor introduse de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar pentru anularea unor acte sau operațiuni frauduloase; judecarea contestațiilor debitorului, ale comitetului creditorilor ori ale oricărei persoane interesate împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar; confirmarea planului de reorganizare, după votarea lui de către creditori; soluționarea cererii administratorului judiciar sau a comitetului creditorilor de întrerupere a procedurii de reorganizare judiciară și de intrare în faliment; soluționarea contestațiilor formulate la rapoartele administratorului judiciar sau ale lichidatorului judiciar; judecarea acțiunii în anularea hotărârii adunării creditorilor; judecarea cererilor administratorului judiciar/lichidatorului judiciar în situațiile în care nu se poate lua o hotărâre în ședințele comitetului creditorilor sau ale adunării creditorilor din lipsa de cvorum cauzat de neprezentarea creditorilor legal convocați, la cel puțin două ședințe ale acestora având aceeași ordine de zi; dispunerea convocării adunării creditorilor, cu o anumită ordine de zi; pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii.

Judecătorul sindic pronunță în general două tipuri de hotărâri: în privința competențelor sale exclusive și ca instanță de control a tuturor actelor celorlalți participanți: administratorul judiciar, lichidatorul judiciar și adunarea creditorilor.

858. Administratorul judiciar. În realizarea procedurii insolvenței, rolul de „gestionar" sau manager direct al procedurii revine administratorului judiciar. Rolul acestuia împletește competențele juridice (inerente într-o procedură judiciară) cu cele de gestiune și supraveghere economică.

Administratorul judiciar este o persoană fizică sau juridică autorizată, practician în insolvență, membru al UNPIR (Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România)[1], desemnat să exercite atribuții de conducere sau supraveghere a activității debitorului în perioada de observație și pe durata procedurii de reorganizare pe bază de plan.

Administratorul judiciar supervizează procedura insolvenței în primul rând în interesul creditorilor astfel încât decizia privind numirea lui revine în mod natural acestora. În mod provizoriu acesta este desemnat de judecătorul sindic prin hotărârea de deschidere a procedurii. Ulterior el poate fi înlocuit sau confirmat de către creditorii constituiți în adunarea creditorilor. Dacă există un creditor majoritar, care deține cel

[1] O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, cu modificările ulterioare.

puțin 50% din valoarea creanțelor, acesta preia în nume propriu prerogativa înlocuirii, confirmării și remunerării (din averea debitorului) a administratorului judiciar[1].

Atribuțiile administratorului judiciar sunt enumerate pe larg de lege însă ele rămân în mod necesar nelimitative. Judecătorul sindic, în calitate de magistrat al procedurii, este în drept să extindă, să detalieze sau să redefinească atribuțiile administratorului judiciar [art. 58 alin. (2) Codul insolvenței, art. 20 alin. (2) din Legea nr. 85/2006].

Pentru delimitarea exactă a ierarhiei judecător-administrator judiciar, legea insolvenței stabilește limitele controlului judecătoresc la *controlul de legalitate*. Dimensiunea economică, managerială a activității debitorului aparține în exclusivitate administratorului judiciar (sau debitorului însuși, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-și administra averea) care poate fi cenzurată în această privință doar de către creditori, prin organele acestora [art. 45 alin. (2) Codul insolvenței, art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006].

859. Atribuțiile administratorului judiciar. Rolul administratorului judiciar privește în primul rând studiul situației debitorului pentru propunerea unui anumit tip de procedură și radiografierea situației sale patrimoniale reale. „Rapoartele" de care vorbește legea reprezintă evaluări proprii și concluzii importante ale administratorului judiciar în privința viitorului debitorului.

Astfel, administratorul judiciar va examina situația economică a debitorului și va concluziona mai întâi, pe calea unui raport, fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație în cadrul procedurii generale.

Cauzele și împrejurările care au dus la apariția stării de insolvență, identificarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă aceasta stare și propunerea în privința angajării răspunderii speciale a acestor persoane, dar mai ales evaluarea posibilității reale de reorganizare a activității debitorului (eventual a motivelor care compromit un asemenea final) alcătuiesc conținutul celui mai important raport întocmit de administratorul judiciar, *raportul „cauzal"* (întocmit într-un termen de limită de la desemnarea administratorului judiciar).

Prin acest raport este propusă o schiță a dezvoltării ulterioare a procedurii, inclusiv în privința acțiunilor incidente în procedură (angajarea răspunderii persoanelor care au provocat starea de insolvență, acțiuni în anularea unor acte ale debitorului etc.).

Atribuții importante ale administratorului privesc și posibilitatea elaborării unui *plan de reorganizare* a activității debitorului (în acord cu concluziile proprii din raportul cauzal), convocarea, prezidarea și asigurarea secretariatului ședințelor adunării creditorilor sau ale acționarilor, asociaților ori membrilor debitorului persoană juridică, introducerea de acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor și pentru angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la crearea stării de insolvență.

Administratorul judiciar este persoana responsabilă cu verificarea creanțelor, formularea de obiecțiuni la acestea precum și întocmirea tabelelor creanțelor, în formele și succesiunea indicată de lege.

---

[1] Codul insolvenței este foarte atent cu reglementarea numirii respectiv confirmării precum și a onorariului practicianului în insolvență (art. 57 Codul insolvenței).

Atribuția proprie a administratorului care ține de dimensiunea sa managerială privește supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului și conducerea efectivă a activității debitorului dacă acestuia i-a fost ridicat dreptul de a-și conduce afacerea[1].

Rolul administratorului judiciar se încheie odată cu evoluția procedurii insolvenței către faza procedurii falimentului însă persoana administratorului judiciar poate continua implicarea în procedură dacă primește investirea în continuare ca lichidator judiciar. Indiferent de situație, instituția administratorului judiciar în sine nu transcende dizolvării societății, intrării în faza ireversibilă a procedurii falimentului.

860. Lichidatorul judiciar. Lichidatorul este persoana autorizată (practician în insolvență) care va realiza sarcinile de acoperire a pasivului societății în procedurii falimentului, atât în procedura generală, cât și în cea simplificată.

O parte din atribuțiile administratorului judiciar vor fi preluate în mod necesar de către lichidator în condițiile procedurii simplificate de insolvență, în care nu s-a trecut prin perioada de observație. În această situație, în care nu există raportul cauzal ante-întocmit de către administratorul judiciar, lichidatorul va fi cel care este chemat să

[1] Codul insolvenței (art. 58) detaliază atribuțiile:examinarea situației economice a debitorului și întocmirea raportului prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație în cadrul procedurii generale și supunerea acelui raport judecătorului sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 20 de zile de la desemnarea administratorului judiciar; examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea eventualelor indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora le-ar fi imputabilă și cu privire la existența premiselor angajării răspunderii acestora, precum și asupra posibilității reale de reorganizare efectivă a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și depunerea la dosarul cauzei, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului judiciar; verificarea, corectarea și completarea informațiilor cuprinse în actele respective, când acestea au fost prezentate de debitor; elaborarea planului de reorganizare a activității debitorului, supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului; conducerea integrală, respectiv în parte, a activității debitorului, în acest ultim caz cu respectarea precizărilor exprese ale judecătorului sindic cu privire la atribuțiile sale și la condițiile de efectuare a plăților din contul averii debitorului; convocarea, prezidarea adunării creditorilor sau ale acționarilor, asociaților ori membrilor debitorului persoană juridică; introducerea de acțiuni pentru anularea actelor sau operațiunilor frauduloase ale debitorului, încheiate în dauna drepturilor creditorilor, sesizarea de urgență a judecătorului sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile de procedură; denunțarea unor contracte încheiate de debitor; verificarea creanțelor; încasarea creanțelor; urmărirea încasării creanțelor referitoare la bunurile din averea debitorului sau la sumele de bani transferate de către debitor înainte de deschiderea procedurii; formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea creanțelor debitorului, pentru aceasta putând angaja avocați; cu condiția confirmării de către judecătorul sindic, încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fideiusorilor, renunțarea la garanții reale; sesizarea judecătorului sindic în legătură cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta; inventarierea bunurilor debitorului; dispunerea evaluării bunurilor debitorului, astfel încât aceasta să fie realizată până la data stabilită pentru depunerea tabelului definitiv al creanțelor; transmiterea spre publicare în Buletinul procedurilor de insolvență a unui anunț cu privire la depunerea la dosar a raportului de evaluare, în termen de 2 zile de la depunere.

examineze situația debitorului, să întocmească un *raport* amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la insolvență și să identifice persoanele cărora le-ar fi imputabilă situația.

Lichidatorul judiciar va avea un control total și nenuanțat în privința activității debitorului[1]. El este chemat să urmărească încasarea creanțelor debitorului pentru maximizarea patrimoniului acestuia și să transforme bunurile din averea debitorului în lichidități prin vânzare în conformitate cu procedurile de vânzare convenite împreună cu creditorii și admise de lege[2].

861. Alți participanți la procedura insolvenței. Adunarea creditorilor. Comitetul creditorilor. Administratorul special. Creditorii și debitorul, părțile principale ale cadrului procesual colectiv fixat de legea insolvenței, sunt participanți activi, cu drepturi procesuale și garanții proprii fixate prin deschiderea procedurii insolvenței. Rolul principal al procedurii insolvenței este tocmai crearea unor raporturi juridice unice, de drept material și procesual, care să monopolizeze interacțiunea dintre debitori și creditorii lor. Creditorii pierd o parte din prerogativele lor care privesc disponibilitatea în privința acțiunilor, executărilor silite, realizarea în general a drepturilor lor. Procedura judiciară a insolvenței devine singura cale prin care creditorii mai pot interacționa cu debitorii lor, prin intermediul căreia mai pot să-și satisfacă drepturilor lor patrimoniale.

862. Adunarea creditorilor. Organul instituționalizat reprezentativ al creditorilor este reprezentat de adunarea creditorilor. Recunoașterea calității de membru al adunării și dreptul de vot în procesul decizional sunt verificate prin raportare la tabelul creanțelor existent la diferite momente ale procedurii.

Legea definește *creditorul îndreptățit să participe la procedura insolvenței* ca fiind creditorul care a formulat și căruia i-a fost admisă cererea de înregistrare a creanței sale pe tabelul de creanțe întocmit corespunzător fazei din procedură. În mod subsecvent acestei calificări acest creditor are dreptul de a participa și de a vota în adunarea creditorilor, de a fi membru al comitetului creditorilor, de a fi informat ori notificat cu privire la desfășurarea procedurii și de a exercita orice drept procesual prevăzut de legea insolvenței, precum și drepturile necesare satisfacerii creanței sale: participarea la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului, respectiv

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 710-712.

[2] Codul insolvenței detaliază și atribuțiile lichidatorului judiciar: examinarea activității debitorului în procedura simplificată și întocmirea unui raport privind cauzele care au dus la insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă și a existenței premiselor angajării răspunderii acestora; conducerea activității debitorului; introducerea de acțiuni pentru anularea actelor și operațiunilor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor; aplicarea sigiliilor, inventarierea bunurilor; denunțarea unor contracte încheiate de debitor; verificarea creanțelor și întocmirea tabelelor creanțelor; încasarea creanțelor din averea debitorului; vânzarea bunurilor din averea debitorului;, încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fideiusorilor, renunțarea la garanții reale, sub condiția confirmării de către judecătorul sindic; sesizarea judecătorului sindic în privința în privința impedimentelor ivite în procedură (art. 64 Codul insolvenței).

lichidarea averii sale. Singurii creditori care dobândesc participarea la procedură necondiționat de înregistrarea creanțelor lor sunt salariații debitorului, pentru creanțe de natură salarială.

De-a lungul procedurii sunt definite mai multe tabele ale creditorilor, începând cu *tabelul preliminar de creanțe*, care cuprinde toate creanțele născute înainte de data deschiderii procedurii insolvenței, scadente, verificate de către administratorul judiciar, *tabelul definitiv de creanțe* care conține tabelul preliminar din care au fost eliminate creanțele împotriva cărora s-au formulat contestații admise și la care au fost adăugate creanțele inițial neacceptate, dar admise în urma soluționării contestațiilor, *tabelul suplimentar*, care cuprinde creanțele dobândite de terți după data deschiderii procedurii generale și până la data începerii procedurii falimentului, admise de către lichidator în urma verificării acestora și, în sfârșit, *tabelul definitiv consolidat* care cuprinde tabelul definitiv de creanțe plus tabelul suplimentar din care au fost eliminate creanțele împotriva cărora au fost admise contestații. În situația deschiderii procedurii falimentului după eșecul unei proceduri de reorganizare judiciară acest ultim tabel va reflecta forma modificată a creanțelor, după confirmarea planului de reorganizare și efectuarea de plăți pe parcursul desfășurării procedurii de reorganizare.

Codul insolvenței schimbă optica anterioară și obligă întotdeauna raportarea la tabelul definitiv de creanțe (art. 5 pct. 66), inclusiv în situația ratării procedurii reorganizării, subsecvent confirmării unui plan de reorganizare. Astfel, în situația în care s-a dispus intrarea în faliment după confirmarea unui plan de reorganizare, tabelul definitiv consolidat (art. 5 pct. 67) va cuprinde totalitatea creanțelor ce figurează ca admise în tabelul definitiv de creanțe, cele din tabelul suplimentar necontestate, cele rezultate în urma soluționării contestațiilor la tabelul suplimentar, din care se vor deduce sumele achitate pe parcursul derulării planului de reorganizare.

Tabelele de creanțe descrise sunt esențiale pentru conferirea dreptului de vot în adunarea creditorilor și pentru calculul cvorumului și al majorității de adoptare a deciziilor în adunare. Întocmirea acestor tabele și desfășurarea lor temporală permite verificarea constituirii și deliberării în adunările generale. Astfel, ulterior afișării tabelului preliminar (până la afișarea tabelului definitiv), valoarea creanțelor și situația creditorilor se raportează la cuprinsul tabelului preliminar; ulterior afișării tabelului definitiv (până la confirmarea unui plan de reorganizare, dacă este cazul, raportarea se face la cuprinsul tabelului definitiv de creanțe; ulterior confirmării planului de reorganizare (până la afișarea tabelului definitiv consolidat) raportarea se face la planul de reorganizare confirmat; iar ulterior afișării tabelului definitiv consolidat raportarea se va face doar la cuprinsul acestuia.

863. Deliberarea și atribuțiile adunării creditorilor. Organul reprezentativ al creditorilor are stabilite reguli de convocare, de constituire a adunării, de deliberare în limitele competențelor recunoscute și anulare a deciziilor.

Adunarea creditorilor este *convocată* (și prezidată) de practicianul în insolvență desemnat aflat în funcție la acel moment (administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar), de comitetul creditorilor sau la cererea creditorilor individuali deținând creanțe în valoare de cel puțin 30% din valoarea totală a acestora, de ori de câte ori este necesar, împreună cu ordinea de zi a ședinței adunării [art. 47 alin. (3) Codul insolvenței, art. 13 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006].

Participarea la adunare este posibilă și prin reprezentare (împuterniciți cu procură specială autentică pentru persoana fizică și „delegație semnată de conducătorul unității"[1] pentru creditorii persoane juridice, inclusiv instituțiile publice).

Adunarea creditorilor este legal constituită în prezența creditorilor cu drept de vot reprezentând cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor asupra averii debitorului, iar deciziile sunt adoptate cu votul „pentru" al titularilor majorității creanțelor prezente (majoritatea urmărind deci valoarea creanțelor, nu numărul titularilor).

În privința votului, este acceptat votul prin corespondență, iar desfășurarea dezbaterilor și hotărârile adunării creditorilor sunt cuprinse într-un proces-verbal al adunării întocmit de secretariatul ședinței, asumat de către președintele ședinței (de regulă administratorul judiciar sau lichidatorul) și membrii comitetului creditorilor.

Creditorii care au votat împotriva hotărârilor adoptate pot cere să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării în vederea dobândirii de calitate procesuală activă în acțiunile în anularea hotărârilor adunării creditorilor. Prin grija practicianului în insolvență (administrator judiciar sau lichidator) procesul-verbal va fi depus la dosarul procedurii în termen de două zile lucrătoare de la data adunării creditorilor.

Similar materiei societare, legea reglementează o modalitate de cenzură a hotărârilor adunării creditorilor [art. 48 alin. (7) Codul insolvenței, art. 14 alin. (7) din Legea nr. 85/2006] contrare legii, acțiune conferită creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective (și au solicitat să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării) și creditorilor care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor (îndreptățiți să participe și să voteze în procedura insolvenței).

Legiuitorul limitează cenzura de către judecătorul sindic a hotărârilor adunării creditorilor la motivele de nelegalitate, iar termenul de atac (de prescripție a dreptului la acțiune) este fixat la cinci zile. Acțiunea se judecă în contradictoriu cu practicianul în insolvență (administrator sau lichidator), reclamantul-creditor, restul creditorilor (citarea se face prin BPI) și președintele comitetului creditorilor.

Atribuția principală a adunării creditorilor privește votul planului de reorganizare propus de creditori, administrator sau debitor. Alături de această prerogativă legea prevede, într-o forma mai puțin sistematizată, numeroase prerogative ale adunării în timpul procedurii.

Atribuții „centralizate" sunt prevăzute explicit pentru *comitetul creditorilor*. Cum acest organism al procedurii poate să lipsească, atribuțiile sale sunt în mare măsură atribuții ale adunării creditorilor (care oricum, în calitate de organ reprezentativ, are atribuții mai extinse decât acest comitet).

864. Comitetul creditorilor. Comitetul este un organ facultativ al procedurii instituit pentru operativitate și celeritate. Un astfel de comitet va fi format din trei până la cinci creditori dintre cei cu creanțele cele mai mari ca valoare (garantate, bugetare și chirografare), desemnați în mod provizoriu de judecătorul sindic prin încheiere, după întocmirea tabelului preliminar de creanțe, împreună cu un *președinte al comitetului* care va avea puterea de reprezentare (în lipsa lui reprezentarea judiciară va aparține oricărui membru al comitetului).

[1] Formularea este cu adevărat edificatoare fiind păstrată și de Codul insolvenței [art. 48 alin. (3)].

Desemnarea acestui comitet cade în atribuțiile adunării creditorilor în ultimă instanță, astfel încât în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor aceștia aleg în mod permanent un comitet format (tot din trei sau cinci membri) din creditori cu creanțe garantate, bugetare sau creanțe chirografare de o valoare mai mare (legea impune ca valoarea creanțelor acestor creditori să se afle între primele douăzeci în ordinea valorii). În lipsa unui acord al adunării creditorilor comitetul provizoriu desemnat de judecătorul sindic își definitivează forma și atribuțiile până la modificarea sa eventuală de către adunare.

Comitetul creditorilor va avea atribuții speciale în procedură[1], atribuții care în lipsa constituirii acestui comitet rămân în sarcina adunării creditorilor. Cele mai importante atribuții privesc dezbaterea situației debitorului și identificarea de direcții cu privire la continuarea activității sale, votarea planurilor de reorganizare propuse, hotărârea privind intrarea în faliment, inclusiv solicitarea ridicării dreptului de administrare al debitorului, negocierea cu administratorul judiciar (sau lichidatorul) în privința condițiilor contractuale pentru numirea practicianului în insolvență, analizarea rapoartelor întocmite de practicianul în insolvență și exercitarea dreptului la contestații la acestea, exercitarea dreptului la acțiune pentru anularea unor acte juridice ale debitorului făcute de debitor în dauna creditorilor (dacă acțiunile nu au fost exercitate de practicianul în insolvență). Comitetul va putea să întocmească propriile *rapoarte* pentru uzul adunării creditorilor cu finalitatea propunerii de măsuri punctuale pentru adoptare.

Deliberările comitetului creditorilor se vor desfășura într-un cadru aflat sub observarea practicianului în insolvență și vor fi consemnate într-un proces-verbal similar cu cel al adunării creditorilor. Deciziile sale se iau cu votul majorității membrilor și pot fi cenzurate, la cererea oricărui creditor Legea nr. 85/2006 reglementează calea contestației adresate adunării creditorilor (în termen de cinci zile de la data deciziei). În acest fel adunarea generală a creditorilor rămânea organul instituțional reprezentativ al creditorilor, ale cărei atribuții pot fi doar delegate, nu „confiscate" de un număr restrâns de creditori[2].

Codul insolvenței simplifică cenzurarea deciziilor comitetului creditorilor prin apelarea în mod direct la jurisdicția judecătorului sindic. Orice creditor poate formula contestație împotriva acțiunilor, măsurilor și deciziilor luate de comitetul creditorilor la judecătorul sindic, în termen de 5 zile de la publicarea procesului-verbal al comitetului creditorilor în BPI [art. 51 alin. (6) Codul insolvenței].

865. Administratorul special și debitorul. Curatorul. Participarea debitorului însuși în procedura colectivă a insolvenței este netăgăduită. Persoana juridică debitor are nevoie de reprezentanți proprii în procedurile instituite de izvorul normativ al insolvenței. Acești reprezentanți au un mandat de la persoana juridică sau reprezintă, într-un mod mai pragmatic, cu eludarea personalității juridice a debitorului aflat în pericol de extincție, chiar asociații debitorului.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 716.

[2] Creditorii păstrează drepturi și obligații individuale chiar în procedura concursuală a insolvenței. A se vedea *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 245.

Reglementarea privind administratorul special a cunoscut numeroase ajustări necesare impuse de observarea în practică a dezinteresului manifestat de debitor în multe proceduri, în a-și desemna un asemenea reprezentant. De aceea soluția normativă este una sancționatorie la adresa debitorului: dacă adunarea generală a asociaților (acționarilor, membrilor etc.) nu desemnează un administrator special, debitorului i se va ridica dreptul de administrare (dacă acest lucru nu a fost deja realizat în condițiile procedurii), iar debitorul și asociații lui (acționarii etc.) sunt decăzuți din drepturile conferite lor de procedura insolvenței care trebuiau exercitate prin acest reprezentant.

În situația în care reprezentarea debitorului este totuși necesară (este vorba de procedurile și acțiunile în care debitorul are calitate procesuală pasivă, în situația acțiunilor în nulitatea actelor încheiate de debitor după deschiderea procedurii și a celor privind anularea unor transferuri frauduloase în dauna drepturilor creditorilor) este instituită o soluție cu acoperire procesuală generală în dreptul comun: numirea de către judecătorul sindic, în camera de consiliu, unui *curator special* desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în mandat la data deschiderii procedurii. Debitorul păstrează dreptul de a-și numi totuși un administrator special care va înlocui curatorul, norma legală admițând lectura unei înlăturări a decăderilor (lucru atipic) în cazul în care administratorul special este totuși numit. Desemnarea efectivă a administratorului special urmează o procedură statutară simplificată: adunarea generală a asociaților (acționarilor, membrilor etc.) persoanei juridice este convocată și prezidată de practicianul în insolvență desemnat, având pe ordinea de zi alegerea acestui reprezentant special.

Atribuțiile administratorului special se modifică în funcție de conservarea sau pierderea de către debitor a dreptului de a-și conduce întreprinderea. Cât timp el deține acest drept reprezentarea statutară a debitorului aparține acestui administrator special. După ridicarea dreptului de administrare reprezentarea, inclusiv cea statutară, a debitorul trece în persoana practicianului în insolvență (administratorul judiciar sau lichidatorul) aflat în exercitarea mandatului, iar mandatul administratorului special va fi restrâns la reprezentarea strictă a asociaților.

În cele două ipostaze administratorul special adună un număr de atribuții importante [art. 56 Codul insolvenței, art. 18 din Legea nr. 85/2006]: exprimarea intenției debitorului de a propune un plan de reorganizare dacă intenția nu a fost făcută la momentul strict al deschiderii procedurii prin reprezentantul legal, propunerea efectivă a planului debitorului de reorganizare, administrarea activității debitorului (sub supravegherea administratorului judiciar) cât timp acest drept nu a fost ridicat sau debitorul nu a intrat în procedura falimentului, reprezentarea debitorului la judecarea acțiunilor privind anularea actelor juridice frauduloase. Administratorul special are recunoscută aptitudinea generală de a formula contestații în cadrul procedurii insolvenței în privința actelor și măsurilor practicianului în insolvență în aceeași măsură în care acest drept este recunoscut și creditorilor.

Reprezentarea realizată de administratorul special în procedura falimentului are un conținut mai restrâns impus de pierderea *ope legis* a dreptului de administrare și de conținutul limitat al capacității juridice recunoscute debitorului, respectiv doar pentru actele juridice realizate în scopul lichidării. Atribuțiile administratorului special privesc participarea la inventarul patrimonial al debitorului, recepționarea raportului final și al

bilanțul de închidere a procedurii (după dezbaterea lui și soluționarea contestațiilor), iar în final recepționarea notificării închiderii procedurii insolvenței.

Secțiunea a 3-a. Cererile introductive

866. Alternative normative de deschidere a procedurii[1]. Procedura insolvenței este deschisă la inițiativa debitorului însuși, a creditorilor și a altor „persoane sau instituții prevăzute expres de lege" [art. 65 alin. (1) Codul insolvenței, art. 26 din Legea nr. 85/2006]. Formularea ambiguă finală este proiectată să acopere subdomeniile speciale de drept în care anumite instituții administrative au, sau pot căpăta în viitor, asemenea abilitări speciale. Exemplul normativ expres este cel al Autorității de Supraveghere Financiară (A.S.F., care a preluat atribuțiile Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare) care poate avea o asemenea inițiativă în privința entităților reglementate și supravegheate de aceasta[2].

867. Cererea debitorului. Dacă debitorul realizează, și el este persoana cea mai bine poziționată pentru a observa o asemenea situație, că este în stare de insolvență, el este obligat să se adreseze tribunalului pentru a fi supus procedurii insolvenței, în termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență[3]. *Codul insolvenței* inovează prin stabilirea unei valori-prag pentru accesul la procedura insolvenței pentru debitori, aceeași ca și pentru creditori, 40.000 lei (art. 5 pct. 71).

Legea admite deschiderea procedurii insolvenței chiar înainte de ivirea stării propriu-zise de insolvență dacă apariția acestei stări este *iminentă*. În acest caz nu mai subzistă obligația debitorului de sesizare a instanței, rămânând ca aceasta să se nască tot în termenul arătat, după apariția stării efective de insolvență.

Reglementările analizate anterior privind situația profesioniștilor aflați în dificultate financiară interferă în parte cu instituția insolvenței. Acele reglementări (mandatul ad-hoc și concordatul preventiv) se ocupă toate de o perioadă străină stării de insolvență, când dificultatea financiară nu este calificată încă legal ca insolvență. Totuși este posibil ca în perioada derulării acestor proceduri convenționale de prevenție starea de insolvență să se fi instalat. Legiuitorul acordă în acest caz o perioadă de grație debitorului, permițându-i să finalizeze procedurile deja inițiate, pentru a nu fi compromise eforturile de depășire a dificultăților financiare. Regula va fi aceea că obligația de solicitare a deschiderii procedurii insolvenței nu va fi incidentă până la finalizarea procedurilor convenționale proprii întreprinderilor în dificultate (până la eșecul lor, în fapt, fiindcă reușita măsurilor de sprijinire a debitorului pe calea mandatului ad-hoc, a concordatului preventiv sau a altor măsuri contractuale îndepărtează debitorul de zona insolvenței). Astfel, dacă la momentul nașterii obligației de sesizare de către debitor a tribunalului cu o cerere de declanșare a insolvenței acesta este angrenat, cu

---

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 184.

[2] Art. 269 alin. (2) din Legea nr. 297/2004.

[3] Starea de insolvență este prezumată ca instalată după scurgerea unui termen de 60 de zile de la scadența creanțelor certe, lichide și exigibile (Codul insolvenței). Legea nr. 85/2006 prevede un termen de 90 de zile.

bună-credință, în negocieri care țin de procedura mandatului ad-hoc sau de concordat preventiv, de restructurare a datoriilor sale, acesta are obligația de a adresa tribunalului o cerere pentru a fi supus procedurii insolvenței doar în termen de cinci zile de la eșuarea negocierilor. Debitorul mai capătă în acest mod un răgaz pentru înțelegerea convențională cu creditorii săi [art. 66 alin. (2) și (3) Codul insolvenței, art. 27 din Legea nr. 85/2006]. Concursul de cereri de deschidere a procedurii dă întâietate *cererii debitorului*, tratată ca o cerere necontencioasă[1].

Debitorul este ținut să inițieze procedura judiciară a insolvenței odată cu furnizarea tuturor elementelor de interes pentru desfășurarea acesteia: actele contabile care atestă situația financiară la zi (bilanțul certificat, balanța de verificare pentru ultima lună, contul de profit și pierdere pe anul anterior depunerii cererii, lista completă a tuturor bunurilor sale, incluzând disponibilitățile din conturile bancare, lista creditorilor debitorului și datele relevante privind creanțele lor) precum și plățile și transferurile patrimoniale efectuate de debitor în perioada suspectă. *Codul insolvenței* introduce și cerința privind declararea apartenenței de la un grup de societăți[2]. Debitorul trebuie să probeze dacă este în drept să propună *reorganizarea judiciară* (declarație autentică privind faptul că nu a fost supus procedurii reorganizării judiciare în cei cinci ani anterior formulării cererii introductive și declarație autentifică privind lipsa condamnărilor definitive – atât pentru debitor cât și pentru administratori, directori sau asociații pentru infracțiunile prevăzute de lege (diferite după Codul insolvenței și Legea nr. 85/2006).

Lipsa informațiilor amănunțite supuse obligației de furnizare de către debitor a acestora, odată cu sesizarea instanței pentru deschiderea procedurii sau lipsa declarației prin care debitorul își arată intenția de intrare în faza de reorganizare judiciară pe baza unui plan (prin restructurare sau prin lichidarea unei părți a bunurilor în vederea

---

[1] La înregistrarea cererii, instanța verifică, din oficiu, existența pe rol a unor alte cereri de deschidere a procedurii formulate anterior de creditori. În cazul în care sunt înregistrate cereri formulate de creditori, cererea debitorului se soluționează în procedură necontencioasă, la care sunt conexate cererile creditorilor, care în cazul deschiderii procedurii devin declarații de creanță.

Și în situația în care ulterior înregistrării cererii debitorului sunt formulate cereri de deschidere a procedurii de către creditori, acestea se vor înregistra direct la cererea formulată de debitor. În cazul admiterii cererii debitorului cererile creditorilor sunt calificate ca declarații de creanță (art. 66 Codul insolvenței).

[2] Codul insolvenței (art. 67) redă o listă exhaustivă de înscrisuri: ultima situație financiară anuală certificată, ultima balanță de verificare; lista averii debitorului; lista creditorilor; transferurile patrimoniale efectuate de debitor în cele 120 de zile anterioare înregistrării cererii introductive; listă asociaților sau membrilor cu răspundere nelimitată; declarația privind intenția de intrare în procedură simplificată sau de reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a bunurilor; descrierea pe scurt a modalităților pe care le are în vedere pentru reorganizarea activității; declarație pe propria răspundere din care să rezulte dacă a mai fost supus procedurii de reorganizare judiciara prevăzute de prezenta lege într-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive; declarație pe propria răspundere, din care să rezulte că nu a fost condamnat definitiv pentru infracțiunile prevăzute de lege în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii; un certificat de admitere la tranzacționare pe o piață reglementată a valorilor mobiliare sau a altor instrumente financiare emise dacă este cazul; declarație privind apartenența la un grup de societăți.

acoperirii datoriilor sale) atrage *decăderea* debitorului din dreptul de a propune un plan de reorganizare.

Pe de altă parte, debitorul poate opta din start pentru procedura simplificată, excluzând orice efort de salvgardare pe bază de reorganizare (pentru persoanele juridice).

Codul insolvenței păstrează soluția tradițională de drept comercial român, respectiv cererea introdusă de o societate în nume colectiv sau în comandită, nu are efect și față și de asociații cu răspundere nelimitată, iar cerere introdusă de un asociat cu răspundere nelimitată ori împotriva acestuia pentru datoriile sale va fi fără efecte juridice cu privire la societatea în nume colectiv sau în comandită din care face parte (art. 68 Codul insolvenței).

868. Opoziția creditorilor și deschiderea procedurii. Inițiativa debitorului de a atrage procedura insolvenței în privința întreprinderii sale poate fi contestată de creditori. Din acest punct se observă diferențele nete între procedurile societare de dizolvare și lichidare și procedura insolvenței inițiată de debitor. Debitorul, prin voința sa, are deschisă calea spre extincția societății cu personalitate juridică în condițiile legii societăților, prin simetrie cu libertatea recunoscută de asociere și accederea spre profesia comercială. Dacă debitorul urmărește încetarea raportului de drept societar acest lucru nu îi poate fi negat, indiferent de starea de insolvență în care s-ar putea afla. Insolvența în sine se poate grefa peste această voință neîngrădită, atrăgând incidența directă a procedurii falimentului (în procedura simplificată). Dizolvarea în sine a debitorului stă la îndemâna societății prin voința adunării generale a asociaților. Atingerea acestei etape nu exclude incidența procedurii insolvenței, dar obligă la faza falimentului tocmai datorită caracterului ireversibil al dizolvării. Salvarea debitorului în procedura insolvenței nu poate transcende propria sa voință de extincție.

În mod obișnuit debitorul apelează (în logica legii prezente este obligat să o facă în caz de insolvență manifestă, sub sancțiunea răspunderii penale) la procedura insolvenței în speranța unui răgaz câștigat în fața acțiunilor și urmăririlor individuale, răgaz care să permită demonstrarea viabilității comerciale, a capacității de a onora obligațiile comerciale.

Inițiativa cererii debitorului este receptată și ca o recunoaștere (mărturisire) a stării de insolvență, astfel încât probarea acesteia devine inutilă. Recunoașterea nu privește creanțele individuale, ci imposibilitatea de plată în general[1].

În cazul cererii debitorului, judecătorul sindic este chemat să pronunțe o încheiere de deschidere (provizorie) a procedurii, generale sau simplificate, după observarea calificării sau nu a debitorului pentru procedura generală. Alături de alte măsuri impuse de deschiderea provizorie a procedurii, judecătorul sindic numește practicianul în insolvență (administratorul judiciar sau lichidatorul, în procedura simplificată) chemat să notifice creditorii debitorului.

Creditorii au un termen de zece zile de la notificare să se opună deschiderii procedurii, situație în care judecătorul sindic fixează o ședință de judecată a tuturor *opozițiilor*, cu citarea practicianului în insolvență, a debitorului și a creditorilor care se

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 724; *I.N. Fințescu*, op. cit., p. 90.

opun deschiderii procedurii. Soluția dată în opoziție arată caracterul provizoriu al încheierii inițiale de deschidere a procedurii. Dacă admite opozițiile, judecătorul sindic va revoca încheierea de deschidere a procedurii. În situația respingerii opozițiilor prin sentință, sau în lipsa acestora, *încheierea de deschidere a procedurii* își consolidează efectele, devenind definitivă.

869. Cererea creditorilor. În mod tradițional creditorii sunt actorii principali ai procedurii insolvenței, beneficiarii colectivi ai regulilor impuse pentru acoperirea creanțelor lor. Orientările normative prezente arată că ei au pierdut acest rol principal în fața debitorului și a imperativului încercării salvgardării activității sale comerciale.

În cazul creditorilor deschiderea procedurii insolvenței respectă în continuare principiul disponibilității, respectiv creditorii nu sunt obligați la inițiativa deschiderii procedurii. De fapt este de așteptat ca ei să încerce în primul rând să-și obțină satisfacerea individuală a creanțelor lor. Efectele procedurii insolvenței sunt în cea mai mare parte potrivnice intereselor imediate ale creditorilor, iar procedura în sine dezavantajează în mod vizibil drepturile creditorilor astfel încât este de așteptat ca inițiativa creditorilor să fie una de ultim resort, subsecventă unor executări silite sau demersuri rămase fără rezultat.

În modul deja observat, legea explicitează categoriile de creditori care au calitatea de a iniția procedura insolvenței. Aceștia sunt creditorii posesori ai unor creanțe împotriva patrimoniului debitorului certe, lichide și exigibile de mai mult de 90 de zile (60 de zile conform Codului insolvenței), cu o valoare peste valoarea-prag de 45.000 lei (40.000 lei conform Codului insolvenței) sau salariați ai debitorului, posesori de creanțe de natură salarială exigibile în aceleași condiții, cu o valoare peste valoarea-prag [șase salarii medii brute pe economie (de salariat)].

Codul insolvenței (art. 70) solicită creditorilor îndreptățiți să ceară deschiderea procedurii să furnizeze odată cu cererea de deschidere a procedurii împotriva unui debitor prezumat în insolvență cuantumul creanței lor, existența unor cauze de preferință sau măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului și dezvăluirea intenției de a participa la reorganizarea debitorului, cu modalitatea în care intenționează reorganizarea debitorului.

870. Contestația debitorului și deschiderea procedurii. Cererea creditorilor îndreptățiți la deschiderea procedurii este comunicată de tribunal (de judecătorul sindic) debitorului care are la îndemână un termen de zece zile de la această comunicare pentru a *contesta* existența stării de insolvență. Acest comportament era privit cu severitate de legiuitor, respectiv în cazul contestării stării de insolvență și a respingerii contestației debitorul era *decăzut* din dreptul de a mai solicita reorganizarea judiciară.

Explicația atitudinii intransigente a legiuitorului față de debitor se sprijinea pe obligația existentă în persoana debitorului de sesizare a tribunalului în cazul apariției stării sale de insolvență. În această situație contestarea stării de insolvență implica o dublă sfidare a legii. Pe de o parte debitorul nu a sesizat tribunalul deși era obligat să procedeze la un asemenea demers, iar pe de altă parte acesta îngreunează inițierea procedurii de către creditori. Ne aflam în fața unei prezumții de rea-credință aplicată debitorului. Dacă contestația sa era respinsă și starea de insolvență era constatată judiciar, debitorul era prezumat ca exercitând cu rea-credință drepturile sale procesuale și

suferea o sancțiune specială: pierderea dreptului de inițiativă în privința unui plan de reorganizare [art. 33 alin. (4) din Legea nr. 85/2006]. Codul insolvenței a renunțat la o asemenea reglementare sancționatorie, impunând debitorului să-şi exprime poziția față de cererea creditorilor: fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență [art. 72 alin. (3) Codul insolvenței].

Dacă debitorul nu contestă starea de insolvență sau contestația sa este respinsă, judecătorul sindic va da o hotărâre (sentință) de deschidere a procedurii insolvenței.

Şi în această ipostază de deschidere a procedurii va fi numit provizoriu un administrator judiciar sau un lichidator, în cazul deschiderii procedurii simplificate, iar debitorul este ținut la depunerea situațiilor şi informațiilor contabile în aceleaşi condiții ca în cazul procedurii deschise la cererea sa.

Codul insolvenței nu este atât de intransigent cu debitorii şi îi sprijină până la pronunțarea pe fond a instanței, în vederea evitării insolvenței. În primul rând debitorul este obligat, în termen de termen de zece zile de la comunicare cererii creditorului, fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență.

Cererea creditorului va fi respinsă ca lipsită de obiect în cazul *achitării creanței* creditorului care a solicitat deschiderea procedurii, înainte de rămânerea în pronunțare asupra cererii de deschidere a procedurii. În cazul că judecătorul sindic stabileşte că debitorul este în stare de insolvență, acesta va admite cererea de deschidere a procedurii şi va deschide fie procedura generală a insolvenței, fie procedura simplificată [art. 72 alin. (6) Codul insolvenței].

Debitorii sunt protejați şi ei de exercitarea cu rea-credință a drepturilor procesuale de către creditori, față de acțiunile lor şicanatorii, prin posibilitatea solicitării obligării creditorilor ce au inițiat procedura la depunerea unei *cauțiuni* de până la 10% din valoarea creanțelor invocate[1]. Rostul cauțiunii este de a garanta acoperirea pagubelor produse debitorului de cererea neîntemeiată a creditorilor (în situația respingerii ei). *Codul insolvenței* limitează superior cauțiunea la o valoare egală cu valoarea-prag de 40.000 lei [art. 72 alin. (1)].

Secțiunea a 4-a. Efectele deschiderii procedurii

871. Considerații generale[2]. Procedura insolvenței produce efecte juridice concrete din momentul deschiderii sale legale. Acest reper temporal este propriu fiecărei modalități de inițiere a acestei proceduri. Momentul deschiderii procedurii este fixat ca fiind pronunțarea *încheierii de deschidere a procedurii* (consolidată doar prin lipsa opozițiilor creditorilor sau respingerea lor), respectiv pronunțarea *sentinței de deschidere a procedurii* (subsecvent expirării termenului pentru contestația debitorului sau respingerii acesteia în cazul în care a fost formulată).

Raportat la acest moment (calea de atac prevăzută de procedura insolvenței, doar apelul, poate elimina acest moment, însă în această situație deja este eliminată orice referire la existența procedurii insolvenței) vom observa incidența efectelor legale ale insolvenței.

---

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 273.
[2] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 189.

Efectele procedurale privesc constituirea și păstrarea în întreaga procedură a unui *dosar unic* ca reflex al caracterului concursual și unitar al procedurii precum și utilizarea *Buletinului procedurilor de insolvență* pentru comunicarea și publicitatea actelor procedurale ale insolvenței[1].

Modul clasic de soluționare a soluționare a dosarului unic era acordarea de termene pentru continuarea procedurii. *Codul insolvenței* prevede înlocuirea termenului de continuare a procedurii cu un termen administrativ de control, scopul declarat fiind ca judecătorul sindic să gestioneze mai eficient dosarul de insolvență, fără organizarea unor ședințe publice de judecată dacă nu există cereri în procedură contencioasă sau necontencioasă, dar cu posibilitatea dispunerii de măsuri în sarcina administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar. Astfel, la fiecare 120 de zile, judecătorul sindic analizează și se pronunță asupra stadiului procedurii, printr-o rezoluție, prin care fixează în sarcina administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar anumite măsuri, cu posibilitatea acordării unui termen administrativ de control sau de judecată [art. 59 alin. (3) Codul insolvenței]. Inovația poate conferi suplețe procedurii și reducerea încărcării cu cauze a ședințelor de judecată, dar prezintă riscul unei anumite opacități a procedurii, cu deconectarea creditorilor de la cadența procedurii.

872. Ridicarea dreptului debitorului de a-și administra averea. De principiu dreptul de administrare a întreprinderii nu este suspendat de drept prin deschiderea procedurii insolvenței în forma sa generală[2]. Instituția *administratorului special* surprinde modificările în privința administrării întreprinderii apărute după deschiderea procedurii insolvenței, respectiv administrarea statutară, întemeiată pe legea societăților (sau ale izvorului normativ propriu de organizare a întreprinderii), va înceta odată cu alegerea administratorului special, în termen de zece zile de la data deschiderii procedurii [art. 53 alin. (1) Codul insolvenței, art. 3 pct. 26 din Legea nr. 85/2006]. Adunarea generală a asociaților persoanei juridice va fi convocată de către practicianul în insolvență în termen de maxim zece zile de la deschiderea procedurii pentru desemnarea administratorului special. Ca sancțiune civilă, dacă organul decizional al întreprinderii nu desemnează un administrator special, debitorului i se ridică *dreptul de administrare*. Practic nealegerea unui administrator special după deschiderea procedurii este un motiv de ridicare a dreptului de administrare a întreprinderii. În toate cazurile ridicarea dreptului de administrare nu afectează dreptul de proprietate al debitorului asupra bunurilor sale, ci realizează numai o indisponibilizare a bunurilor pentru finalitatea procedurii insolvenței[3].

Dincolo de această situație generală și de situațiile particulare care țin de actele jurisdicționale motivate ale judecătorului sindic, procedura falimentului este cea care atrage de drept *ridicarea dreptului de administrare* [art. 85 alin. (4) Codul insolvenței, art. 47 din Legea nr. 85/2006], lucru realizabil fie prin incidența unei proceduri simplificate de insolvență fie prin intrarea în procedura falimentului subsecvent fazelor

---

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 276.

[2] În sensul că pierderea dreptului de administrare al debitorului intervine *ex lege* de la data deschiderii procedurii cu excepția cazului când acesta a exprimat intenția de reorganizare, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 731.

[3] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 732.

procedurale ale procedurii generale de insolvență. În concluzie ridicarea dreptului debitorului de a-şi administra averea nu este un efect necondiționat al deschiderii procedurii, dar este o măsură incidentă în condițiile legii în procedura insolvenței.

873. Suspendarea acțiunilor judiciare şi extrajudiciare pentru realizarea creanțelor împotriva debitorului. De la data deschiderii procedurii insolvenței se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare precum şi măsurile de executare silită individuale pentru realizarea creanțelor asupra debitorului. Caracterul colectiv şi concursual al procedurii insolvenței este subliniat prin excluderea acțiunilor şi executărilor silite individuale din faza insolvenței. Măsura este una de protecție atât pentru debitor cât şi pentru creditori. Debitorul dobândeşte în esență, prin efectul deschiderii procedurii, o perioadă de grație pentru evaluarea posibilității de salvgardare a întreprinderii sale pe calea unui plan de reorganizare. Creditorii dobândesc o protecție colectivă, respectiv sunt apărați de executările silite intempestive în care nu ar reuşi eventual să intervină pentru a realiza concursul propriilor creanțe. Protecția reală este însă conferită debitorului. Esența prezentă a procedurii insolvenței este salvgardarea întreprinderii în scopul evitării impactului economic şi social pe care îl are ieşirea intempestivă a acesteia din circuitul economic.

Suspendarea operată de deschiderea procedurii insolvenței în privința acțiunilor şi executărilor individuale ale debitorului nu este una absolută. În primul rând ea nu aduce atingere acelor acțiuni în care debitorul este actor (reclamant), acțiuni de fond, dar şi căi de atac exercitate de debitor pentru protejarea drepturilor sale. Nu sunt supuse suspendării de drept nici acțiunile (civile) din procesele penale îndreptate împotriva debitorului, acțiunile judiciare pentru determinarea existenței sau cuantumului unor creanțe asupra debitorului, născute după data deschiderii procedurii (acestea vor fi soluționate de judecătorul sindic) sau acțiunile îndreptate împotriva codebitorilor sau terților garanți.

Codul insolvenței inovează prin sustragerea de la suspendarea de drept şi a executărilor silite având ca obiect creanțe născute *după data deschiderii procedurii insolvenței*. Dacă debitorul nu achită aceste creanțe în termen de 90 de zile de la scadență, creditorul are deschisă calea executării silite de drept comun [art. 75 alin. (4) Codul insolvenței].

În condițiile legii creditorii care se bucură de o cauză de preferință (privilegii sau garanții reale) pot obține *ridicarea măsurii suspendării* şi urmărirea imediată a bunului afectat garanției. Ridicarea suspendării este una condiționată şi conferită în mod individual de către judecătorul sindic [art. 78 Codul insolvenței, art. 39 din Legea nr. 85/2006].

Pentru a se da eficiență suspendării acțiunilor judiciare şi executărilor silite (în special prin poprire) deschiderea procedurii insolvenței obligă şi la comunicarea (de către judecătorul sindic) sentinței de deschidere a procedurii către instanțele judecătoreşti în a căror jurisdicție se află sediul debitorului, oficiul registrului comerțului şi către băncile unde debitorul are deschise conturi.

O situație aparte este rezervată furnizorilor de servicii. Efectul de suspendare a acțiunilor anterior evidențiat este dublat în cazul lor de interdicția rezoluțiunii actelor lor juridice cu debitorul (în orice modalitate posibilă). Astfel, furnizorii de „furnituri" (servicii de furnizare de electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice etc.) nu au

dreptul (până la intrarea eventuală în procedura falimentului) să întrerupă furnizarea acestor servicii către debitorul care are calitatea de consumator captiv (potrivit legii). Efectul suspensiv observat în privința debitorului nu se extinde în privința codebitorilor sau garanților personali ai debitorului după cum nu poate privi nici acele mecanisme juridice care nu transferă dreptul de proprietate în patrimoniul debitorului (vânzarea cumpărarea cu clauză de rezervă a dreptului de proprietate, leasingul etc.)[1].

874. Suspendarea cursului prescripției privind acțiunile pentru realizarea creanțelor împotriva debitorului. Suspendarea cursului prescripției extinctive este un pandant necesar al suspendării acțiunilor împotriva debitorului. Inacțiunea creditorilor are o cauză legală în această situație astfel încât este echitabil ca prescripția extinctivă să nu opereze, în mod temporar, împotriva lor.

Suspendarea cursului prescripție este un beneficiu mai mult declarativ al legii pentru creditorii. În majoritatea cazurilor creanțele sunt stinse – într-un fel sau altul – ca efect al procedurii insolvenței. Ele sunt plătite fie în cuantumul stabilit prin planul de reorganizare (integral sau parțial), fie prin distribuirile realizate în procedura falimentului cu respectarea ordinii legale de prioritate, fie sunt stinse (chiar în situația în care nu au fost achitate deloc din lipsa de bunuri sau neîndestulării creanțelor cu o preferință superioară) prin descărcarea generală realizată prin închiderea procedurii insolvenței (urmată de radiere în cazul falimentului persoanei juridice). Doar cu titlu de excepție (de exemplu, în caz de bancrută frauduloasă) creanțele supraviețuiesc procedurii și profită de extinderea perioadei de prescripție oferită de lege.

875. Suspendarea curgerii dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel. Efectul benefic pentru debitor al suspendării tuturor acțiunilor împotriva sa este dublat și de o „înghețare" a creanțelor reclamate împotriva sa. Creanțele care provin din exploatarea unei întreprinderi produc dobânzi de la data scadenței astfel încât simpla amânare legală a termenului de plată poate să nu fie suficientă pentru sprijinirea redresării debitorului. Stoparea dobânzilor și a penalităților pe perioada de derulare a procedurii este un sprijin consistent, și poate inechitabil pentru creditori, acordat debitorului. Intercalarea acestei perioade de grație, legale, în raporturilor juridice dintre debitor și creditori reprezintă o imixtiune importantă a legiuitorului în ordinea economică privată. Resorturile de politică economică care țin de susținerea mediului economic și a întreprinderii în dificultate nu pot masca o inechitate juridică manifestă. Motivația prejudiciului creat creditorilor poate fi căutată mai degrabă în posibilitatea accentuată de insolvabilitate, de imposibilitate a acoperirii masei credale cu activele prezente ale debitorului. Riscul neacoperirii nici a capitalului acordat poate convinge creditorii că renunțarea la dobânzile datorate pe perioada derulării procedurii poate fi acceptabilă în situația salvării debitorului. Toată procedura insolvenței însă, atât prin suspendarea cursului dobânzilor, dar și prin eventuala reducere a creanțelor înseși prin acceptarea unui plan de reorganizare plasează, în mod inechitabil, efortul de redresare a debitorului în sarcina creditorilor acestuia.

Conform *Codului insolvenței* [art. 80 alin. (2)] confirmarea unui plan de reorganizare face ca dobânzile, majorările ori penalitățile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligațiile născute ulterior datei deschiderii procedurii generale să se achite în con-

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 286.

formitate cu programului de plăți. În cazul eșuării planului acestea se datorează până la data deschiderii procedurii falimentului.

876. Excepțări. Suspendarea curgerii datoriilor accesorii cunoaște o excepție limitată. Aceasta se referă la *creanțele garantate*. Orice creanță este garantată integral numai în măsura în care valoarea obținută din executarea garanției acoperă întreaga creanță pentru care a fost afectată garanția. În măsura în care valoarea efectiv obținută din executarea garanției este inferioară creanței garantate, partea neacoperită are regimul unei creanțe obișnuite (chirografare), fără a se mai bucura de avantajele garanțiilor reale. Din această cauză la întocmirea tabelului definitiv de creanțe creanța garantată este înscrisă doar până la concurența valorii, evaluate, a garanției reale. Este posibilă însă, cel puțin teoretic, și situația în care valorificarea efectivă a bunului asupra căruia poartă garanția să se facă la un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv. Doar în acest caz diferența favorabilă va profita creditorului garantat, până la concursul creanței întregi (dacă o parte din ea fusese înscrisă drept creanță chirografară), dar și a accesoriilor (dobânzi, penalități etc.) calculate conform raportului juridic dintre creditorul garantat și debitor [art. 103 Codul insolvenței, art. 41 alin. (2) din Legea nr. 85/2006]. Conform *Codului insolvenței* aceste reguli se aplică și în cazul eșuării planului de reorganizare și vânzării bunului în procedura de faliment.

Izvorul legal se ocupă și de distincția dintre creanțele născute înainte de deschiderea procedurii și cele născute după această dată. Și în acest ultim caz regula este aceeași: dobânzile, majorările și penalitățile (drepturile accesorii creanței principale) privind creanțele născute după data deschiderii procedurii insolvenței nu mai curg (cu condiția ca nici un plan de reorganizare să nu fie confirmat).

În cazul confirmării unui plan de reorganizare acesta va fi izvorul juridic pentru toate plățile viitoare, incluzând aici și creanțele și accesoriilor lor, dacă a fost convenit în acest mod. Reajustarea datoriilor debitorului realizată prin planul de reorganizare va fi obligatorie pentru toți creditorii, fiind ireversibilă, în ipoteza succesului acestuia. Conform Codului insolvenței, eșecul planului atrage revenirea la tabelul definitiv al creanțelor. Creanțele născute după deschiderea procedurii vor avea însă un regim privilegiat conferit de ordinea de preferință în privința distribuirilor efectuate în timpul procedurii falimentului.

877. Interdicția înstrăinării acțiunilor sau părților sociale. Reglementările mai vechi ale procedurii falimentului conținea o interdicție expresă pentru administratorii debitorului, sub sancțiunea nulității, de a înstrăina fără acordul judecătorului sindic acțiunile sau părțile lor sociale deținute la debitorul care face obiectul procedurii insolvenței[1].

Reglementarea prezentă conține, în mod implicit, o asemenea interdicție pentru un tip special de întreprinderi, respectiv societățile ale căror acțiuni se tranzacționează pe o piață reglementată. Astfel, subsecvent deschiderii procedurii insolvenței acțiunile societăților listate[2] nu mai pot fi tranzacționate. În acest mod avem o interdicție gene-

[1] Art. 42 din Legea nr. 85/2006 propusă spre abrogare prin O.U.G. nr. 173/2008.

[2] Societăți emitente în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, cu modificările și completările ulterioare.

rală (pentru orice acționar) și temporară în privința înstrăinării acestor acțiuni. *Suspendarea de la tranzacționare* începe de fapt de la data primirii comunicării de către A.S.F. (fosta Comisia Națională a Valorilor Mobiliare) a deschiderii procedurii insolvenței și durează până la data confirmării unui plan de reorganizare. Nereușita acestuia sau intrarea directă în procedura falimentului atrage retragerea valorilor mobiliare de pe piața reglementată pe care acestea se tranzacționează.

878. Obligațiile de informare și publicitate. Un efect important, și uneori pe nedrept neglijat, al deschiderii procedurii insolvenței este naşterea unor obligații legale clare de informare a terților.

După epuizarea căilor de atac împotriva hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței actele juridice și corespondența emanând de la debitor va cuprinde, în mod obligatoriu și vizibil (atât în limba română cât și în engleză și franceză), mențiunea *„în insolvență", „in insolvency", „en procedure collective"*.

După intrarea în reorganizare judiciară actele și corespondența vor purta mențiunile *„în reorganizare judiciară", „in judicial reorganisation", „en redressement"*, iar după intrarea în procedura simplificată sau în faliment mențiunile *„în faliment", „in bankruptcy", „en faillite"*.

Dacă debitorul deține o pagină de internet acesta este obligat să publice pe aceasta hotărârea de deschidere a procedurii și informații referitoare la starea societății.

Tot în scopul realizării transparente a activității subsecvent deschiderii procedurii insolvenței fluxurile bancare ale debitorului sunt realizate printr-un *cont unic al procedurii de insolvență* deschid în numele debitorului și operat de practicianul în insolvență aflat în exercitarea mandatului său[1].

879. Interdicția operațiunilor care nu se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente. Această interdicție este una fermă, respectiv actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt declarate ca fiind nule în lipsa autorizării judecătorului sindic [art. 84 Codul insolvenței, art. 46 din Legea nr. 85/2006].

Interdicția este nuanțată de izvorul normativ. În situația în care debitorul păstrează dreptul de a-și administra averea acesta își realizează capacitatea juridică de exercițiu, în mod restrâns, prin administratorul sau special, sub supravegherea administratorului judiciar. Restrângerea capacității juridice a debitorului este limitată la *condițiile obișnuite de exercitare a activității* curente. Noțiunea este una cu delimitare normativă și reprezintă activitățile efectuate de debitor în cursul normal al comerțului său (*business as usual*), activități schițate cazuistic prin continuarea activităților înscrise în obiectul de activitate al debitorului deja contractate, efectuarea operațiunilor de încasări și plăți decurgând din aceste contracte sau obținerea finanțării activității în aceleași limite ale activității curente [art. 5 pct. 2 Codul insolvenței, art. 3 pct. 14 din Legea nr. 85/2006].

În acest mod interdicția încheierii de acte juridice ulterior deschiderii procedurii insolvenței este mult atenuată și privește de fapt actele juridice „excepționale", actele care exced comerțului obișnuit al debitorului. Astfel de acte juridice „excepționale" necesită autorizarea administratorului judiciar și aprobarea intenției de contractare a

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 294.

administratorului special, în termen de maxim cinci zile de la data formulării acesteia, de către organul reprezentativ al creditorilor (comitetul creditorilor).

În situația în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare interdicția este una absolută pentru debitor fiindcă și actele juridice curente intră cu totul în competența administratorului judiciar.

Codul insolvenței reglementează în mod special activitatea de finanțare din perioada insolvenței în considerarea nevoii de lichidități a întreprinderii, dar și a reticenței instituțiilor de credit de a acorda credite în această situație. Soluția implementată este aceea a instituirii unei superpriorități a acestor creditori. Astfel, finanțările acordate debitorului în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente beneficiază de o prioritate specială la restituire. Finanțările vor fi garantate prin afectarea unor bunuri sau drepturi care nu formează obiectul unor cauze de preferință, iar dacă nu există astfel de bunuri sau drepturi disponibile, va fi căutat acordul creditorilor beneficiari de cauze de preferință. Dacă acordul acestor creditori nu va fi obținut, prioritatea specială instituită pentru creditori finanțatori va diminua regimul de prioritate al creditorilor beneficiari de cauze de preferință în mod proporțional, prin raportare la întreaga valoare a bunurilor sau drepturilor care formează obiectul acestor cauze de preferință [art. 87 alin. (4) Codul insolvenței].

880. Înlăturarea efectelor procedurii în privința contractelor financiare. Operațiunile comerciale speciale de tipul *contractelor financiare* calificate ca atare de lege cunosc un regim special de protecție împotriva insolvenței membrilor [art. 89 Codul insolvenței, art. 51 din Legea nr. 85/2006]. În mod declarat nici un organ care aplică procedura insolvenței nu poate interfera cu regimul special al unui contract financiar calificat, după cum nu poate nici anula ori desființa operațiuni în derulare cu instrumente financiare derivate. Astfel de acte juridice care au ca obiect instrumentele financiare rămân supuse legilor lor speciale de reglementare.

Subsecțiunea 1. Desfășurarea procedurii insolvenței.

881. Evaluarea stării patrimoniale a debitorului. Deschiderea procedurii insolvenței impune în primul rând stabilirea exactă a masei credale prin întocmirea tabelului creditorilor. Administratorul judiciar este chemat să notifice creditorii, să analizeze cererile de admitere a creanțelor formulate de aceștia subsecvent notificării, să întocmească *tabelul preliminar*, respectiv *tabelul definitiv al creanțelor*, după soluționarea tuturor contestațiilor. Aceasta este o categorie a atribuțiilor practicianului în insolvență necesară pentru stabilirea exactă, contabilă, a pasivului întreprinderii, comandament necesar indiferent de evoluția ulterioară a procedurii.

Rolul administratorului judiciar transcende în mod vădit îndatoririle privind stabilirea cadrului procedurii colective și concursuale prin definitivarea tabelului creanțelor. Al doilea set de atribuții și, din perspectiva principiilor normative declarate ale procedurii, rolul său principal, țintește spre evaluarea situației debitorului, identificarea *cauzelor instalării stării de insolvență* în scopul formulării unei opinii profesionale în privința existenței șanselor debitorului de redresare economică. În mod practic aceste atribuții esențiale sunt realizate de administratorul judiciar prin intermediul rapoartelor sale periodice privind starea procedurii. Din punct de vedere practic pot fi

identificate două rapoarte importante din procedura insolvenței: *raportul inițial* al administratorului judiciar care verifică incidența premiselor aplicării procedurii simplificate dacă acestea nu au fost deja observate la data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii și *„raportul cauzal"*, raportul prin care administratorul judiciar evaluează situația debitorului din perspectiva cauzelor și eventualelor vinovății pentru atingerea acestei stări precum și a perspectivelor de redresare și a șanselor de succes ale unui plan de reorganizare.

882. Primele măsuri. Stabilirea masei credale. Procedura insolvenței este o procedură colectivă guvernată de inițiativa și voința creditorilor. Înscrierea la masa credală și participarea efectivă la desfășurarea procedurii rămâne la latitudinea creditorilor sociali. Obligația legală a organelor procedurii privește formalitatea notificării deschiderii procedurii către creditori. Subsecvent notificării creditorii trebuie să-și exprime intenția de participare la procedură prin formularea de cereri de admitere a creanțelor în termenele fixate[1]. În lipsa formulării unor asemenea cereri creditorii vor fi *decăzuți*, ca regulă, din drepturile lor asupra patrimoniului debitorului, atât în timpul procedurii insolvenței cât și după închiderea acesteia. În acest mod lipsa de inițiativă a creditorilor echivalează cu pierderea dreptului la acțiune (în sens material) împotriva debitorului, cu refuzul concursului forței de coerciție statală pentru satisfacerea creanțelor lor. Sancțiunea civilă este aceea a decăderii din drepturile lor.

Prima acțiune în derularea procedurii insolvenței aparține deci practicianului în insolvență desemnat de către judecătorul sindic. După deschiderea procedurii acesta va fi cel care va trimite o *notificare* creditorilor întreprinderii în insolvență (aceștia sunt menționați în lista depusă de debitor odată cu cererea proprie de insolvență sau în termenul legal în cazul inițiativei creditorilor) și registrului de publicitate al întreprinderii (oficiului registrului comerțului pentru societăți, registrului societăților agricole pentru aceste societăți etc.).

Notificarea în cauză este unul dintre puținele acte procedurale care rămân supuse regulilor de comunicare din Codului de procedură civilă, înlocuite în rest în mod cvasi-total de publicările în Buletinul procedurilor de insolvență.

Notificarea va conține toate elementele necesare creditorilor pentru exercitarea drepturilor lor și participarea la desfășurarea în continuare a procedurii [art. 100 Codul insolvenței, art. 62 din Legea nr. 85/2006], respectiv: termenul de depunere a opozițiilor și termenul de soluționare a acestora, în cazul sentinței de deschidere a procedurii inițiate de către debitor; termenul pentru formularea cererii de admitere a creanțelor asupra debitorului împreună cu cerințele pe care trebuie să le îndeplinească acestea pentru a fi valabile; termenul de întocmire a tabelului preliminar de creanțe; termenul de definitivare a tabelului creanțelor și locul, data și ora primei ședințe a adunării generale a creditorilor.

Creanțele de natură salarială sunt scutite de obligația de formulare a cererii de admitere de către creditori. În consecință ele sunt înscrise în tabelul creditorilor direct de către administratorul judiciar, în baza situației creanțelor prezentată de debitor.

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 744.

883. Tabelul creanțelor. După formularea cererilor de admitere de către creditori, creanțele sunt verificate de către practicianul în insolvență și subsecvent acestei verificări este întocmit *tabelul preliminar al creanțelor*[1].

Toate creanțele pentru care s-a formulat cerere de înregistrare[2] trec prin procedura de verificare de către practicianul în insolvență cu excepția creanțelor constatate prin titluri executorii și a creanțelor bugetare care au calitatea de titluri executorii, dacă nu au fost contestate în termenele prevăzute de procedura fiscală.

Odată depășită această verificare toate creanțele pentru care s-a formulat cerere de admitere sunt prezumate valabile și corecte în lipsa contestării lor de către debitor, administratorul judiciar sau creditori.

Cu alte cuvinte subsecvent verificării lor creanțele trec printr-un proces de contestare în urma căruia pot fi admise sau retrase de pe tabel, sau pot fi ocolite de astfel de contestații, rămânând admise [art. 112 Codul insolvenței, art. 73 din Legea nr. 85/2006].

Tabelul rezultat în urma acestui proces este *tabelul definitiv al creanțelor*, tabelul care fixează creditorii cu drept de vot și participare plenară la procedura insolvenței (votul asupra planului de reorganizare, participarea la orice repartiții de sume în caz de faliment în procedura simplificată etc.). Tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva averii debitorului va conține creanța (suma), prioritatea și tipul (garantată sau negarantată) fiecărei creanțe [art. 111 Codul insolvenței, art. 73 din Legea nr. 85/2006].

Prin excepție de la termenul de contestare a creanțelor, până la închiderea procedurii insolvenței legea admite o posibilitate extraordinară de cenzurare a tabelului definitiv al creanțelor, respectiv, în situația de fals, dol sau unei „erori esențiale", precum și „în cazul descoperirii unor titluri hotărâtoare și până atunci necunoscute" în privința creanțelor deja admise în tabel orice parte interesată poate face contestație împotriva admiterii unei creanțe în tabelul definitiv de creanțe [art. 113 Codul insolvenței, art. 75 din Legea nr. 85/2006]. Este o aplicare a principiului *fraus omnia corrumpit* care permite eliminarea efectelor fraudei chiar dacă regulile comune ale procedurii și termenele de contestare sunt încălcate.

În privința masei credale reamintim sancțiunea severă a imposibilității realizării viitoare a creanței pentru creditorii care legal notificați nu au solicitat admiterea creanțelor lor în termenul legal. Acești creditori devin străini de procedură și sunt decăzuți din drepturile lor după închiderea procedurii, cu o singură excepție: situația debitorului

---

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 338.

[2] Codul insolvenței (art. 102) prevede că creanța în baza căreia s-a deschis procedura insolvenței este înregistrată de administratorul judiciar pe baza documentelor atașate cererii de deschidere a procedurii fără a mai fi necesară depunerea unei cereri de admitere. Creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare nu sunt supuse nici ele înscrierii la masa credală. În mod corespunzător creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment nu sunt supuse înscrierii.

De un regim mai atent reglementat se bucură creanțele izvorâte din contracte de leasing (art. 105).

Totuși în cazul în care se deschide procedura de faliment după perioada de observație sau reorganizare, creditorii vor solicita înscrierea în tabelul suplimentar pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii insolvenței ce nu au fost plătite.

condamnat pentru bancrută (simplă sau frauduloasă) [art. 114 Codul insolvenței, art. 76 din Legea nr. 85/2006].

884. Rapoartele practicienilor în insolvență. Soluțiile de politică normativă prezente, înclinate spre sprijinirea debitorului și redresarea sa economică, sunt susținute de rapoartele impuse practicianului în insolvență care este ținut să evalueze în mod inițial situația debitorului, în special pentru stabilirea tipului de procedură de urmat (simplificată sau generală), dar și să aprofundeze situația patrimonială a debitorului pentru identificarea cauzelor dificultăților economice și prognoza privind șansele de redresare a activității acestuia[1]. Dincolo de atribuțiile privind stabilirea masei credale și a averii debitorului concluziile administratorului judiciar sunt esențiale pentru restructurarea activității viitoare a debitorului. Rolul prezent al judecătorului sindic este limitat la un control de legalitate astfel încât dimensiunea economică, oportunitățile de redresare și reinserție în circuitului economic normal ale debitorului sunt plasate între atribuțiile administratorului judiciar, cenzurat de exprimările de voință ale creditorilor și ale debitorului însuși.

Raportul inițial. După numirea sa (și confirmarea de către creditori) administratorul judiciar este chemat să verifice incidența premiselor legale care atrag intrarea directă în faliment (în procedura simplificată). Raportul său va identifica izvorul legal al unei asemenea concluzii și va fi supus dezbaterii părților (creditori și debitori) în fața judecătorului sindic care poate admite sau respinge concluziile raportului. În cazul existenței premiselor legale pentru incidența procedurii simplificate judecătorul sindic se pronunța prin aceeași sentință în privința intrării în procedura falimentului a debitorului.

Raportul cauzal. Atribuția esențială a administratorului judiciar pentru evoluția procedurii insolvenței ține de identificarea cauzelor insolvenței și evaluarea șanselor de redresare economică. Administratorul este chemat, în termenul legal [art. 97 Codul insolvenței, art. 59 din Legea nr. 85/2006], să întocmească și să prezinte un raport asupra cauzelor și circumstanțelor apariției insolvenței debitorului, cu identificarea eventualelor persoane cărora le poate fi imputată această stare. Asemenea aprecieri trimit la inițierea unor acțiuni în răspundere specială pentru aceste persoane pentru recuperarea, în folosul creditorilor, a prejudiciului produs.

Raportul cauzal va mai conține și punctul de vedere al administratorului în privința posibilității reale de reorganizare și redresare a activității debitorului sau imposibilității acesteia, cu consecința propunerii de intrare în faliment (în ipoteza procedurii generale).

Așa cum se observă, concluziile acestui raport schițează pronosticul administratorului special pentru desfășurarea viitoare a procedurii. Acțiunile administratorului vor ajunge să fie cenzurate de creditori și în final de judecătorul sindic care este judecătorul procedurii.

Astfel, propunerea privind intrarea în faliment a debitorului va fi supusă votului adunării generale a creditorilor la prima ședință a acesteia. Votul va fi considerat de aprobare dacă este satisfăcută o condiție pozitivă și una negativă. Condiția pozitivă impune ca în adunarea generală a creditorilor să fie exprimate „pentru" propunere

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 756.

acceptul titularilor a cel puțin două treimi din creanțele prezente la adunare, iar condiția negativă impune să nu existe exprimată intenția unuia sau mai multor creditori, deținători a peste 20% din creanțele cuprinse în tabelul preliminar de creanțe, de depunere a unui plan de reorganizare a debitorului. Logica condiției negative ține de cercul persoanelor care posedă inițiativa întocmirii unui plan de reorganizare: debitorul, administratorul judiciar și creditorii deținând cel puțin o cincime din creanțe. Dacă acești creditori inițiază o propunere de reorganizare care va fi finalizată prin întocmirea unui plan, procedura generală a insolvenței va continua cu faza de deliberare în privința acestui plan, amânându-se practic intrarea în procedura insolvenței până la eventuala respingere a planului.

Administratorul judiciar nu are monopolul inițiativelor în procedura insolvenței. Creditorii păstrează, sub supravegherea instanței, controlul asupra desfășurării procedurii, chiar dacă administratorul judiciar poate ajunge la o concluzie negativă în privința posibilității de redresare a debitorului.

Subsecțiunea a 2-a. Situația actelor juridice ale debitorului

885. Sancțiunea civilă a desființării actelor debitorului. Atribuțiile administratorului judiciar privind pasivul întreprinderii, respectiv masa credală reflectată în tabelul de creanțe și perspectivele întreprinderii, fixate în concluziile rapoartelor sale, sunt întregite în mod natural de grija pentru averea debitorului, pentru apărarea și eventual reîntregirea patrimoniului său.

Chiar dacă în prezent insolvența nu mai este asimilată în mod automat cu frauda (*fallitus, ergo fraudator*) scrutarea perioadei premergătoare stării de insolvență rămâne o caracteristică a acestei proceduri, o satisfacție dată drepturilor creditorilor actuali, amenințați de perspectiva neîndestulării cu cuantumul integral al creanțelor lor.

Desființarea actelor juridice ale debitorului anterioare deschiderii procedurii este denumită normativ anulare, deși, ca și în alte cazuri când este folosit numele acestei instituții avem mai degrabă de-a face cu o *sancțiune civilă sui-generis* decât cu o nulitate clasică[1].

886. Prezumția de nulitate. În privința actelor juridice încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii insolvenței (în ambele sale variante), nu neîndeplinirea condițiilor legale pentru încheierea lor valabilă, deci cauze contemporane încheierii actului, este temeiul nulității, ci încălcarea, fraudarea în orice fel a drepturilor creditorilor ale căror creanțe au fost înscrise în tabelul de creanțe.

Testul pe care trebuie să-l treacă actele juridice ale debitorului anterioare procedurii insolvenței este unul cu destule contradicții de tip logic. În general efectele acțiunilor, teoretic și epistemologic vorbind, sunt generate, cel puțin într-o viziune mecanicistă, newtoniană, de cauze anterioare sau cel puțin contemporane cu fenomenul. Căutarea cauzalității într-o succesiune inversă, printre efectele fenomenului, este străină de logica clasică.

[1] Pentru o teorie a sancțiunilor civile și o detaliere a sancțiunilor de drept comercial cu caracteristici de nulități *sui generis*, a se vedea *C. Gheorghe*, Nulități de drept comercial, op. cit.

În privința acțiunii în anulare a actelor juridice frauduloase lucrurile stau însă în acest mod atipic, respectiv nu circumstanțele concrete de la data fenomenului (actului juridic) atrag consecințele, efectele, ci circumstanțele ulterioare, de la data deschiderii procedurii insolvenței. Cu alte cuvinte lipsa stării de insolvență fixată prin deschiderea procedurii curăță actele juridice ale debitorului de orice suspiciune de fraudă. Doar deschiderea procedurii insolvenței este de natură a atrage această nulitate specială a actelor juridice ale debitorului.

Chiar și așa situația pare comprehensibilă cât timp vorbim mereu de acte juridice „frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor" [art. 117 Codul insolvenței, art. 79 din Legea nr. 85/2006]. Pentru ca lucrurile să fie cu totul nefirești în privința acestei acțiuni în anulare legea instituie însă o *prezumție de fraudă*.

În privința actelor juridice încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii precum și în privința unor acte juridice speciale se instituie o „prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor" [art. 117 Codul insolvenței, art. 122 alin. (4) Codul insolvenței, art. 85 alin. (3) din Legea nr. 85/2006].

Prezumția respectivă privește strict debitorul, respectiv ea nu se extinde la terțul dobânditor sau subdobânditor. Fiind relativă, ea poate fi răsturnată de persoana împotriva căreia acționează, adică de către debitor [art. 122 alin. (3) Codul insolvenței]. În mod excepțional perioada suspectă este extinsă și prezumția operează și dincolo de termenul legal în cazul în care debitorul a întârziat deliberat momentul deschiderii procedurii pentru a exclude anumite acte juridice ale sale din perimetrul acestei acțiuni (și din perimetrul prezumției de fraudă).

887. Acte juridice particulare supuse nulității speciale. Legiuitorul identifică o serie de raporturi juridice care în mod intrinsec aduc atingere integrității patrimoniale a debitorului și lezează practic drepturile creditorilor[1]. Astfel de acte juridice sunt supuse anulării, aflându-se sub incidența prezumției de fraudă. În reglementarea Legii nr. 85/2006, se puteau decela mai multe categorii de acte susceptibile de anulare, toate aflate sub incidența prezumției de fraudă. *O primă grupă de acte* acoperea o perioada de trei ani anterior deschiderii procedurii: acte de transfer cu titlu gratuit (cu excepția sponsorizărilor în scop umanitar); acte juridice în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită; acte vădit frauduloase (încheiate cu intenția tuturor părților implicate de a împiedeca urmărirea de creditor a unor bunuri).

A doua grupă de acte acoperea o perioadă de 120 de zile anterioare deschiderii procedurii și conținea în general operațiuni prin care creditorii sunt discriminați prin conduita debitorului: acte de transfer de proprietate către un creditor care este favorizat în acest mod (suma pe care creditorul ar obține-o în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea bunului transferat); acordarea de garanții reale pentru un creditor inițial chirografar; plăți anticipate ale datoriilor unor creditori.

Actele din această categorie puteau fi salvate de la anulare de încheierea lor sub auspiciile Legii nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc. În general negocierea cu bună-credință de către debitor a unui acord cu creditorii pentru restructurarea datoriilor sale, cu condiția ca acordul să fie de natură „în mod rezonabil" să conducă la redresarea financiară a debitorului și să nu urmărească

[1] *Șt.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 736.

discriminarea unora dintre creditori, era de natură să excludă incidența acțiunii în anulare specială.

A treia categorie de acte acoperea o perioadă de doi ani anteriori deschiderii procedurii și conține actele juridice de natura unor contracte financiare calificate (operațiuni cu instrumente derivate etc.) încheiate cu scopul de a ascunde sau întârzia starea de insolvență sau de a frauda un creditor.

A patra categorie de acte speciale păstrează condiția acțiunii „în dauna creditorilor", condiție acoperită de prezumția de fraudă. Ele vizau o perioada de trei ani anteriori deschiderii procedurii și priveau raporturile juridice dintre debitor (persoană juridică) și persoanele care îl controlează în orice mod pe acesta: asociații comanditați sau asociații deținând cel puțin 20% din capitalul sau drepturile de vot în adunarea generală a asociaților (aplicabil pentru societățile în comandită, în nume colectiv sau cu răspundere limitată, societățile agricole); membrii sau administratorii unui grup de interes economic; acționarii deținând cel puțin 20% din capitalul sau din drepturile de vot în adunarea generală ale acționarilor pentru societățile pe acțiuni; administratorii, directorii, membrii organelor de supraveghere ai societății-cooperativă, societății pe acțiuni cu răspundere limitată sau societate agricolă; orice alte persoane fizice ori juridice ce dețin o poziție dominantă asupra debitorului.

O singură situație-premisă acoperă orice tip de persoane de drept (fizice sau juridice), respectiv situația actelor juridice încheiate de debitor cu un coindivizar asupra unui bun comun.

Codul insolvenței simplifică lucrurile prin instituirea a doar două perioade de scrutare a actelor juridice ale debitorului, de doi ani, prin înlocuirea în general a termenului de trei ani din reglementarea Legii nr. 85/2006 cu un termen mai scurt și a unui termen de 6 luni, prin înlocuirea termenului de 120 de zile cu un termen mai lung. În concret, sub incidența prezumției de fraudă [art. 117 alin. (2) Codul insolvenței] actele debitorului vor putea fi anulate, iar prestațiile înapoiate în cazul: actelor de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii (sunt exceptate sponsorizările în scop umanitar); actelor în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii; actele încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori; actele de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer; constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii; plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii; actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde sau întârzia starea de insolvență.

În afară de acestea, mai pot fi anulate actele încheiate în cei 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii cu persoanele aflate în raporturi juridice speciale cu debitorul, respectiv cu un asociat comanditat sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, atunci când debitorul este acea societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată; cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes eco-

nomic; cu un acționar deținând cel puțin 20% din acțiunile debitorului atunci când debitorul este acea societate pe acțiuni; cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni cu răspundere limitată sau societate agricolă; cu orice persoană fizică ori juridică, deținând o poziție de control asupra debitorului; cu un coproprietar sau proprietar devălmaș asupra unui bun comun; cu soțul, rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv, ai persoanelor fizice în toate cazurile anterioare.

888. Dispoziții procedurale în privința acțiunii în anulare speciale. Calitatea procesuală activă pentru exercitarea *acțiunii în anulare* aparține administratorul judiciar sau lichidatorului. În mod subsidiar, dacă administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar nu exercită acțiunea în anulare, *comitetul creditorilor* poate introduce la judecătorul sindic o astfel de acțiune (deține și el calitate procesuală activă). În lipsa unui comitet al creditorilor calitatea procesuală activă revine adunării creditorilor, prin reprezentant. *Codul insolvenței* [art. 118 alin. (3)] conferă legitimitate procesuală activă și creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală.

Termenul de exercitare a acțiunii este de un an de la data expirării termenului pentru întocmirea raportului cauzal de către practicianul în insolvență, dar nu mai târziu de 16 luni de la data deschiderii procedurii [art. 118 alin. (1) Codul insolvenței, art. 81 din Legea nr. 85/2006].

Legea conferă calitate procesuală pasivă în acțiunile în anulare speciale prezentate debitorului, reprezentat prin administratorul special, și co-contractantul său (terțul dobânditor ori subdobânditorul).

În privința acestei acțiuni în anulare trebuie stabilit și cadrul în care prezumția de fraudare a drepturilor creditorilor poate fi răsturnată. Legea oferă un teren îngust de combatere a acestei prezumții, respectiv anularea unui transfer cu caracter patrimonial va fi respinsă (prezumția fiind răsturnată) dacă actul este făcut de către debitor în cursul *„desfășurării normale a activității sale curente"* [art. 119 Codul insolvenței, art. 82 din Legea nr. 85/2006]. Înclinăm a crede că legiuitorul nu limitează strict înfrângerea prezumției de fraudă doar la condițiile activitățile curente, mijloacele de apărare putând fi mai largi. Totuși șansele reale de apărare ale debitorului subzistă în acest perimetru care are și o dimensiune normativă trasată explicit [art. 5 pct. 2 Codul insolvenței, art. 3 pct. 14 din Legea nr. 85/2006].

889. Efectele acțiunii în anulare. Finalitatea unei acțiuni în anulare clasice este închisă în principiile efectelor nulității, respectiv efecte retroactive, repunere în situația anterioară și anularea și a actelor juridice subsecvente actului inițial. Caracterul special al acțiunii în anulare din procedura insolvenței atrage caracteristici distincte. În primul rând caracterul retroactiv este limitat datorită finalității acțiunii. Acțiunea specială urmărește reîntregirea patrimoniului social și satisfacția dată întregii mase credale prin includerea creanțelor născute din dreptul la restituire aferent acțiunii în anulare în procedura colectivă și concursuală. Adică valorile readuse în averea debitorilor vor suporta concursul tuturor creditorilor, cu regulile de repartiție din procedura insolvenței chiar dacă actul juridic anulat era anterior procedurii și unii dintre creditori puteau să

nici nu aibă această calitate, să nu fie contemporani cu actul juridic anulat. Deci față de creditori efectul retroactiv nu poate coborî dincolo de momentul deschiderii procedurii.

Terțul co-contractant din actul anulat nu va dobândi decât un *drept de înscriere în tabelul creanțelor* și va suporta concursul tuturor creditorilor cu respectarea gradului de preferință a tuturor creanțelor deja admise.

Respectând efectul repunerii în situația anterioară al nulității terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial anulat va fi ținut să restituie averii debitorului bunul transferat, iar dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia (de la data transferului inițial, valoare stabilită prin expertiză) [art. 120 alin. (1) Codul insolvenței, art. 83 din Legea nr. 85/2006].

Situația terțului va fi însă dezavantajoasă în privința recuperării propriei prestații (prețul bunului dacă era dobânditorul bunului). Acesta dobândește o creanță împotriva averii debitorului, suportând riscul insolvabilității debitorului alături de ceilalți creditori, cu condiția ca acesta să fi fost de bună-credință. Dacă terțul a încheiat actul juridic cu rea-credință (care trebuie probată), cu intenția de a îi frauda pe ceilalți creditori, acesta pierdea sub imperiul Legii nr. 85/2006 și dreptul său de creanță derivat din obligația de restituire a bunului.

Efectele acțiunii în anulare din procedura insolvenței relevă caracterul de *sancțiune civilă* specială al acestei acțiuni, de pedepsire a unor operațiuni (realizate cu vinovăție sub forma relei-credințe) care urmăresc prejudicierea drepturilor creditorilor de bună-credință.

Codul insolvenței atenuează regimul aplicabil terțului dobânditor. Acesta va avea împotriva averii debitorului o creanță egală cu prețul plătit la care se adăugă sporul de valoare a bunului, dacă a fost de bună-credință. Terțul dobânditor de rea-credință are dreptul doar la prețul plătit în concurs cu ceilalți creditori. Caracterul de sancțiune civilă este astfel atenuat [art. 120 alin. (2) Codul insolvenței], dar el persistă prin ordinea preferință diferită instituită la participarea de distribuiri de sume în urma lichidării (art. 161 pct. 4, respectiv pct. 10 Codul insolvenței).

890. Situația unor raporturi juridice existente la data deschiderii procedurii. Debitorul este implicat în circuitul comercial astfel încât momentul deschiderii procedurii va surprinde un număr de raporturi juridice în ființă la această dată, precum contracte de credit, contracte de locațiune, contracte de muncă etc.[1] Încetarea intempestivă a tuturor acestor contracte, în general din teama co-contractanților de nu obține contraprestația așteptată, ar compromite șansele de redresare a întreprinderii și scopul mediat al procedurii insolvenței: salvarea debitorului.

În acest context actul normativ instituie ca regulă menținerea raporturilor juridice existente la data deschiderii procedurii dublată de scrutarea lor pentru asigurarea echivalenței contraprestațiilor și neprejudicierea averii debitorului[2]. Consacrarea normativă a acestei reguli este fixată în prevederea că orice clauze contractuale de desființare a contractelor pentru motivul deschiderii procedurii sunt declarate ca fiind nule[3].

---

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 740.

[2] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 349.

[3] Prevederea are un impact considerabil în privința contractelor de credit. În mod uzual contractele de credit conțin clauze de exigibilitate anticipată (*foreclosure*, varianta în limba engleză)

Menținerea raporturilor juridice în ființă este supusă evaluării echivalenței contraprestațiilor de către administratorul judiciar pentru respectarea intereselor creditorilor. Administratorul judiciar, subsecvent acestei evaluări, este în drept să denunțe orice contract, precum închirierile neexpirate sau alte contracte pe termen lung, cu condiția ca aceste contracte să nu fi fost deja executate „în mod substanțial". Pentru a nu plana incertitudine în privința raporturilor juridice ale debitorului, co-contractanții sunt și ei în drept să solicite denunțarea contractului pe calea unei notificări adresată administratorului. Dacă administratorul judiciar nu dă curs notificării în termen de 30 de zile, el nu va mai putea cere executarea contractului, acesta fiind socotit denunțat de la data expirării acestui termen (sau de la data răspunsului de denunțare formulat de administrator dacă acesta este totuși exprimat în această perioadă). În toate cazurile dreptul la despăgubiri al contractantului pentru denunțarea unilaterală rămâne aplicabil.

În privința *contractelor de credit* este stipulat dreptul administratorul judiciar de a modifica, cu acordul cocontractanților, clauzele contractelor de credit pentru respectarea condițiilor de piață și a echivalenței prestațiilor părților [art. 123 alin. (5) Codul insolvenței].

Raporturile juridice de muncă pot suferi și ele efecte izvorâte din deschiderea procedurii insolvenței. Garanțiile acordate angajaților de Codul muncii sunt diminuate în cazul procedurii insolvenței. Astfel, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitoarei se poate realiza în *regim de urgență* de către administratorul judiciar, cu eliminarea procedurii de concediere colectivă [art. 123 alin. (8) Codul insolvenței, art. 86 din Legea nr. 85/2006]. Angajații concediați păstrează doar dreptul la preavizul de 15 zile lucrătoare anterior desfacerii contractelor de muncă.

Reglementările legale se ocupă de un număr de raporturi juridice particulare care pot exista la momentul deschiderii procedurii. În cazul *vânzării cumpărării de bunuri mobile*, dacă bunul mobil vândut debitorului nu a fost plătit de acesta și bunul nu a fost încă livrat debitorului la data deschiderii procedurii atunci contractul poate fi desființat și vânzătorul poate păstra bunul [art. 124 Codul insolvenței, art. 87 din Legea nr. 85/2006]. Dacă vânzătorul insistă în executarea contractului bunul urmează să fie livrat, dar vânzătorul are doar posibilitatea înscrierii prețului datorat în tabelul de creanțe. Dacă administratorul judiciar optează pentru executarea contractului și livrarea bunului, el este ținut se plătească din averea debitorului întregul preț datorat în baza contractului.

În situația debitorului *comisionar sau consignatar* [art. 126 și 127 Codul insolvenței, art. 89 și 90 din Legea nr. 85/2006] soluțiile juridice respectă natura acestor raporturi juridice în care debitorul este doar un mandatar (fără drept de reprezentare) care nu deține în patrimoniul său drepturi de proprietate asupra mărfurilor, astfel încât, ca regula, proprietarul va avea dreptul să își recupereze mărfurile.

---

pentru întreg creditul acordat unui debitor în cazul în care acesta intră în insolvență. Folosind această prevedere instituțiile de credit formulează declarație de creanțe pentru întreg capitalul și accesorii de la data insolvenței debitorului, chiar dacă acesta era la zi cu plata datoriilor curente către bancă. În lumina acestei prevederi instituțiile de credit pot invoca în prezent exigibilitatea anticipată a creditelor lor pentru alte motive decât deschiderea procedurii [art. 123 alin. (1) Codul insolvenței, art. 86 alin. (1) din Legea nr. 85/2006].

În situația debitorului *locatar* raportul juridic de locațiune își produce în continuare efectele dacă chiria respectă prețurile practicate în piață.

Izvorul normativ prevede soluții și pentru debitorul *asociat cu răspundere nelimitată* în altă întreprindere (drepturile sale pot fi lichidate sau își poate păstra calitatea de asociat) și pentru debitorul *promitent vânzător într-un antecontract de vânzare cumpărare* (promisiunea de vânzare va fi respectată dacă prețul a fost deja achitat integral și respectă valoarea de piața, iar bunul nu este indispensabil reorganizării debitorului).

Codul insolvenței [art. 123 alin. (1)] introduce reglementări noi în materia *leasingului*. În cazul rezilierii contractelor de leasing financiar de către finanțator, acesta va putea opta pentru: transferul proprietății asupra bunurilor ce fac obiectul contractului de leasing, către debitor cu înregistrarea finanțatorul la masa credală cu contravaloarea ratelor și accesoriilor restante facturate și neplătite sau restituirea bunurilor ce fac obiectul material al contractului de leasing, caz în care finanțatorul va fi înregistrat la masa credală cu contravaloarea ratelor și accesoriilor restante la care se adaugă creanța reprezentată de diferența dintre valoarea întregii creanțe și valoarea de piață a bunurilor recuperate.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul VI
Reorganizarea judiciară

891. Noțiune[1]. Reorganizarea judiciară este, în mod aparent, o fază facultativă a procedurii insolvenței, faza prin care debitorul nu este ținut să treacă în drumul spre falimentul propriu-zis. Din perspectiva principiilor procedurii insolvenței reorganizarea judiciară ține de esența reglementării fiindcă este procesul prin care debitorul este salvat și depășește starea de dificultate financiară fiind ajutat să se reintegreze în mediul concurențial comercial.

Chiar dacă reorganizarea este o etapă preferată de politica normativă prezentă, legiuitorul a identificat și cazuri în care această procedură este inaplicabilă sau inutilă, instituind o procedură a insolvenței simplificată care diferă de procedura generală tocmai prin inexistența unei tentative măcar de reorganizare.

Incidența procedurii generale a insolvenței implică posibilitatea, dar nu și necesitatea, incidenței unei proceduri de reorganizare judiciară. Procedura de reorganizare, în definirea sa normativă, presupune întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui *plan de reorganizare*. La inițierea unei asemenea proceduri participă practic toți participanții la procedura insolvenței, adică judecătorul sindic, administratorul judiciar, debitorul și creditorii prin adunarea creditorilor. Rolul esențial rămâne însă cel al creditorilor care prin votul lor în adunarea creditorilor susțin efectiv un plan de reorganizare.

Cel puțin motorul inițial al reorganizării judiciare este reprezentat de creditori fiindcă reorganizarea judiciară ca fază colectivă a procedurii insolvenței există ca rezultat al unui compromis. Dacă creditorii ar avea certitudinea satisfacerii integrale și rapide a creanțelor lor ar avea tot interesul să refuze orice plan de reorganizare, pentru lichidarea cât mai rapidă a activelor debitorului și satisfacerea integrală a creanțelor lor. De cele mai multe ori însă insolvența debitorului este însoțită și de insolvabilitatea patrimonială (pasivul este mai mare ca activul), chiar dacă această procedură verifică doar lipsa de lichiditate a activelor debitorului (imposibilitatea valorificării rapide a activelor, scăderea drastică a valorilor tocmai datorită procedurii de lichidare etc.). În toate aceste situații planul de reorganizare este acceptat de creditori în speranța refacerii patrimoniale a debitorului, în speranța valorificării mai bune a activelor decât pe calea lichidării intempestive. Această speranță a maximizării procentului din creanțele lor pe care pot să-l obțină îi determină pe creditori să accepte și diminuări definitive ale cuantumului creanțelor în procedura reorganizării judiciare. Toate compromisurile acceptate de creditori sunt fixate într-un plan de reorganizare, document cu cuprins și regim legal atent reglementat de izvorul normativ.

892. Planul de reorganizare. Planul de reorganizare reprezintă *proiectul de redresare* a activității debitorului prin restructurarea de natură operațional-financiară a activității, inclusiv prin lichidarea unor bunuri din averea debitorului și restrângerea

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 206.

corespunzătoare a activității sau de natură statutară, prin modificarea structurii de capital social sau a altor elemente constitutive[1]. Planul va cuprinde în mod obligatoriu *programul de plată a creanțelor* care conține redimensionarea agreată cu creditorii a pasivului întreprinderii, cuantumul și termenele de plată pentru sumele datorate creditorilor conform tabelului definitiv de creanțe, pe care debitorul se obligă să le plătească.

Planul de reorganizare are o dublă natură, economică și juridică[2]. *Dimensiunea economică* (planul de afaceri) trebuie să conțină soluțiile efective de ieșire din insolvență și de depășire a dificultăților financiare, având o importanță sporită pentru scopurile procedurii. Ea va indica soluțiile concrete de redresare, adaptate posibilităților și specificului activității debitorului, mijloacele financiare disponibile și modul de reinserție în mediul concurențial a activității debitorului. *Dimensiunea juridică* ține de cuprinsul minim al actului juridic care conține planul, de propunerea, aprobarea prin vot și forța sa juridică.

Legea instituie o noțiune folosită și în procesul de vot al planului de reorganizare, respectiv categoria de „creanțe defavorizate" care este definită ca fiind categoria de creanțe pentru care planul de reorganizare prevede o modificare a creanței de tipul reducerii cuantumului (inclusiv a valorii reale reprezentată de valoarea reactualizată prin comparare cu valoarea la care a fost înscrisă în tabelul definitiv de creanțe) sau reducerii garanțiilor, accesoriilor, eventual reeșalonarea plăților în defavoarea creditorului. Existența și tratamentul aplicat prin plan acestor creditori este esențial pentru cuprinsul juridic al planului de reorganizare. Legiuitorul se asigură de *tratamentul nediscriminatoriu* al creditorilor, de eliminarea situațiilor în care anumite categorii de creditori sunt dezavantajate prin chiar proiectul de redresare al debitorului prin suportarea în mai mare măsură a riscurilor și a costurilor procedurii insolvenței.

Cuprinsul minimal al planului de reorganizare obligă la redarea detaliată a situației generale a creditorilor, a persoanelor care au angajată răspunderea nelimitată (dacă debitorul societar funcționează după asemenea reguli de răspundere), a categoriilor de creanțe care nu sunt defavorizate precum și a tratamentului categoriilor de creanțe defavorizate, dacă acestea există. Planul va explicita ce sume dobândesc titularii tuturor categoriilor de creanțe în comparație cu valoarea estimată a fi primită prin distribuire în caz de faliment și măsura în care debitorul și persoanele cu răspundere nelimitată în privința obligațiilor acestuia, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită, vor fi descărcați de răspundere.

Dincolo de situația creanțelor planul trebuie să conțină substanța sa economică reprezentată de măsurile ce vor fi implementate pentru redresarea activității debitorului. În mod exemplificativ [art. 133 alin. (5) Codul insolvenței, art. 95 alin. (5) din Legea nr. 85/2006] aceste măsuri pot fi reprezentate de păstrarea de către debitor a conducerii întreprinderii, incluzând în special dreptul de dispoziție asupra bunurilor sale; modul de atragere a resurselor financiare pentru executarea planului, inclusiv emiterea de titluri de valoare de tipul valorilor mobiliare în condițiile legii de organizare a întreprinderii

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 376.

[2] În privința naturii juridice, a se vedea *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 750.

sau ale legii privind piața de capital; înstrăinarea unor bunuri din patrimoniu sau darea în plată a acestora către creditorii debitorului, în contul creanțelor pe care aceștia le au față de averea debitorului; restructurări care atrag încetarea existenței debitorului de tipul fuziunii, lichidării sau doar modificări ale actului constitutiv, inclusiv în privința drepturilor conferite de acțiunile ordinare și speciale emise de debitor.

893. Etapele adoptării planului și efectele sale. Procesul de adoptare a planului prezintă o aparentă opacitate normativă datorită treptelor procesului (inițiere, aprobare, votare, confirmare), ușor simplificate în prezent, și datorită creării *claselor de creditori* care votează separat. În realitate această formă normativă este rezultatul unei decantări realizate în practică, rezultatul unei evoluții care încearcă să răspundă scopurilor finale ale procedurii. Categoriile de creditori sunt necesare față de poziția diferită a unor creditori (creditorii de utilități, creanțele subordonate etc.), față de drepturile de preferință acordate de garanții, dar și de o optică proprie a legii care instituie o anumită ordine de prioritate a creanțelor chirografare.

894. Propunerea unui plan de reorganizare. Dreptul de a propune un plan este recunoscut *debitorului, administratorului judiciar* și *creditorilor*[1]. Reglementarea legală conține însă condiționări și decăderi pentru fiecare dintre aceste persoane.

Debitorul (planul va face obiectul unei exprimări a voinței sociale realizată pe calea unei hotărâri a adunării generale a asociaților dacă debitorul este persoană juridică) trebuie să-și fi conservat dreptul de inițiere a planului prin declararea inițială a intenției de reorganizare, dacă procedura a fost declanșată de acesta. Conform Legii nr. 85/2006, dacă procedura a fost inițiată de creditori, debitorul trebuie să nu fi formulat contestație la deschiderea procedurii insolvenței (în cazul în care contestația a fost admisă nu se mai ajunge la faza de reorganizare, procedura insolvenței nefiind aplicabilă).

Alte decăderi privesc debitorul condamnat definitiv pentru anumite infracțiuni de natură economică, infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și infracțiuni speciale prevăzute de lege [art. 132 alin. (4) Codul insolvenței] sau ai cărui administratori, directori sau asociați au fost condamnați definitiv pentru astfel de infracțiuni (bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, infracțiuni de fals ori infracțiuni prevăzute de legislația concurenței) precum și situația în care debitorul a mai fost subiect al procedurii insolvenței într-o perioadă de cinci ani anteriori deschiderii procedurii prezente. Cu alte cuvinte procedura insolvenței trebuie interpretată ca o înlesnire sau apărare părtinitoare acordată debitorului de care acesta nu trebuie să abuzeze.

Dacă debitorul nu este atins de aceste decăderi acesta are la îndemână un termen de 30 de zile de la afișarea tabelului definitiv de creanțe pentru formularea planului, acest termen fiind la rândul lui un termen de decădere [art. 132 alin. (5) Codul insolvenței, art. 94 alin. (4) din Legea nr. 85/2006].

Administratorul judiciar, în același termen de 30 de zile de la data afișării tabelului definitiv de creanțe, poate propune un plan de reorganizare. Pentru a fi consecvent cu propriile concluzii administratorul este ținut să formuleze opțiunea pentru inițierea unui

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 751.

plan de reorganizare prin raportul său cauzal sau până la data când acesta trebuie întocmit.

În sfârşit, *creditorii* sunt îndreptăţiţi să propună un plan de reorganizare în acelaşi termen de 30 de zile de la data afişării tabelului definitiv de creanţe, în mod individual sau în comun, cu condiţia deţinerii de către iniţiatori a cel puţin 20% din valoarea totală a creanţelor cuprinse în tabelul definitiv de creanţe. În toate situaţiile ei trebuie să fi exprimat această intenţie anterior unei eventuale propuneri supuse adunării creditorilor de intrare în procedura falimentului în procedura generală. Ipoteza este aceea în care administratorul judiciar ajunge la concluzia imposibilităţii redresării debitorului şi supune adunării creditorilor propunerea de intrare în procedura falimentului. În această situaţie creditorii care deţin cuantumul legal de peste 20% din valoarea creanţelor au la îndemână declararea intenţiei de propunere a unui plan de reorganizare pentru a bloca propunerea administratorului şi a spera la intrarea în procedura de reorganizare dacă planul propus va satisface condiţiile de admitere, aprobare şi confirmare.

Pentru toate aceste părţi îndreptăţite să propună un plan de reorganizare termenul de 30 de zile de la data afişării tabelului definitiv de creanţe este un *termen de decădere* astfel încât lipsa propunerilor de plan la expirarea acestei perioade atrage în mod necesar incidenţa procedurii falimentului, prin hotărâre a judecătorului sindic care constată această situaţie.

895. Admiterea planului. Forma prezentă a legii nu mai insistă pe *admiterea planului* ca procedură distinctă. Cenzura judecătorului sindic este doar una subînţeleasă fiindcă nu pot fi supuse votului adunării creditorilor decât planuri emanate de la persoane care au acest drept şi care respectă forma şi conţinutul minim legal al planului de reorganizare. Administratorul judiciar este cel care va publica (în termen de 5 zile de la depunerea planului) un anunţ referitor la acesta în BPI, cu indicarea persoanei care l-a propus, a datei când se va vota cu privire la plan în adunarea creditorilor, precum şi a faptului că este permisă votarea prin corespondenţă.

Codul insolvenţei nu mai face nicio referire la procedura de admitere, planurile întocmite în termen fiind supuse publicităţii şi votului creditorilor. Posibilitatea existenţei mai multor planuri admise este rezultatul unei asemenea abordări. Cerinţa votării (aprobării) în aceeaşi şedinţă a creditorilor a tuturor planurilor propuse [art. 98 alin. (4) din Legea nr. 85/2006] a fost eliminată în Codul insolvenţei.

Planurile admise sunt supuse unor *cerinţe de publicitate*. Copii ale planurilor propuse vor fi depuse la grefa tribunalului şi la oficiul registrului comerţului (sau registrul special al întreprinderii particulare după legea sa de organizare) şi vor fi comunicate debitorului (prin administratorul său special), administratorului judiciar şi comitetului creditorilor.

Administratorul judiciar este cel ţinut să dispună publicarea unui *anunţ* referitor la existenţa şi publicitatea realizată planului în Buletinul procedurilor de insolvenţă, cu indicarea celui care l-a propus[1].

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 753.

896. Votarea planului. Planurile propuse, comunicate participanților la procedură și pentru care a fost publicat anunțul aferent în buletinul specializat de insolvență vor fi supuse votului în adunarea creditorilor.

Cerințele privind constituirea legală a adunării creditorilor impun convocarea acesteia de către administratorul judiciar în termen de 20-30 de zile de la data publicării anunțului în Buletinul procedurilor de insolvență (BPI). Planul de reorganizare va fi comunicat în format electronic de către administratorul judiciar participanților la procedură, iar ulterior publicării anunțului în BPI legea prezumă că toate părțile interesate au cunoștință de plan și de data ținerii adunării având ca obiect votul în privința planurilor.

Votul creditorilor asupra planului de reorganizare derogă de la procesul decizional comun al adunării creditorilor. Pentru această finalitate specială a aprobării planului de reorganizare sunt constituite *categorii de creditori* care votează separat. Categoriile de creanțe sunt stabilite astfel: creanțele garantate (care beneficiază de drepturi de preferință), creanțele salariale, creanțele bugetare, creanțele chirografare ale furnizorilor de utilități pentru care debitorul este consumator captiv (creanțele creditorilor indispensabili) și restul creanțelor chirografare. Pot fi deci maxim cinci grupuri de creditori care votează separat.

Codul insolvenței introduce noțiunea de *creditori indispensabili* pentru creditorii chirografari care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități, fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți de niciun alt furnizor care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel, în aceleași condiții financiare (art. 5 pct. 23 Codul insolvenței).

Votul asupra planului de reorganizare va fi exprimat în fiecare categorie de creanțe, iar un plan va fi votat (acceptat) de o categorie de creanțe dacă o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie votează pentru plan [art. 138 alin. (4) Codul insolvenței, art. 100 alin. (4) din Legea nr. 85/2006].

În realizarea prerogativelor sale de conducere a adunării creditorilor administratorul judiciar se va îngriji de întocmirea *procesului-verbal* al adunării care va consemna categoriile constituite de creditori care votează, cuantumul creanțelor din fiecare categorie și valoarea creanțelor din fiecare categorie care au votat pentru un plan.

897. Confirmarea planului. Întocmirea și acceptarea planului de reorganizare sunt proceduri care admit o pluralitate de planuri care pot străbate cu succes aceste trepte. Confirmarea planului este însă un proces unic, respectiv cel mult un plan de reorganizare poate fi confirmat. În situația în care niciun plan nu va fi confirmat judecătorul sindic va dispune intrarea debitorului în procedura falimentului.

Confirmarea planului este o atribuție a judecătorului sindic care va stabili termenul pentru confirmarea planului după depunerea la tribunal a procesului-verbal al adunării creditorilor de către administratorul judiciar. Judecătorul sindic poate solicita unui practician în insolvență o opinie profesională independentă în privința șanselor de realizare a unui plan, înainte de confirmarea lui. Această procedură trebuie privită ca un sprijin pentru judecător atunci când mai multe planuri îndeplinesc condițiile de confirmare. Fiindcă îndeplinirea acestor condiții obligă judecătorul sindic la confirmarea unui plan dacă îl consideră viabil [art. 139 alin. (3) lit. f) Codul insolvenței].

Confirmarea planului impune satisfacerea unor cerințe legale cumulative exprese. În primul rând planul de reorganizare va trebui să respecte conținutul minimal și

soluțiile necesare, impuse de lege, în privința întocmirii acestui document. Condiția este deci una juridică, fără referire la oportunitatea sau șansele de reușită ale planului.

În al doilea rând planul trebuie să respecte *condițiile de adoptare* care privesc satisfacerea cerințelor de vot impuse de lege. Cerința de adoptare are două dimensiuni. O *dimensiune pozitivă* care reglementează acordul necesar al categoriilor de creanțe, în funcție de constituirea în particular a acestora. Legea insolvenței impunea ca cel puțin jumătate plus una dintre categoriile de creanțe constituite care au votat planul să accepte acest plan (sau să fie considerată ca acceptantă prin prezumția legală absolută), cu condiția ca minim una dintre categoriile defavorizate să accepte planul. În mod particular, dacă erau doar două categorii de creanțe constituite, planul se considera acceptat dacă categoria cu valoarea totală cea mai mare a creanțelor a acceptat planul.

Dimensiunea negativă invocată impune ca creditorii să nu fie discriminați ca urmare a principiului majoritar de adoptare a planului, respectiv ca fiecare categorie defavorizată de creanțe care s-a împotrivit planului să fie supusă unui „tratament corect și echitabil prin plan" [art. 139 alin. (2) Codul insolvenței, art. 101 alin. (1) din Legea nr. 85/2006]. *Creanțele defavorizate* [art. 5 pct. 16 Codul insolvenței, art. 3 pct. 21 din Legea nr. 85/2006] sunt acelea care suferă o modificare în defavoarea creditorilor (cuantumul creanței, termene de plată etc.) fără acordul lor, iar legiuitorul vrea să se asigure că acest tratament defavorabil nu va fi dublat de o favorizare a altor creditori. Pentru a nu exista dubii de interpretare a textului legal, tratamentul corect și echitabil are o explicitare legală, cu fixarea de condiții exprese care împiedecă discriminarea dintre creditori: creditorii care resping planul nu vor primi mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului debitorului, niciun creditor nu primește mai mult decât valoarea creanței sale și nici o categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate care nu a acceptat planul nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului.

Toate aceste cerințe asigură un echilibru între drepturile creditorilor stabilite prin plan. În măsura în care există o redimensionare a raporturilor juridice obligaționale ale debitorului cu creditorii săi profitul acestei modificări trebuie să revină efortului de redresare a debitorului, nu unor creditori în dauna altor creditori. Echilibrul între creditori trebuie păstrat astfel încât să nu existe unii care să suporte efortul reorganizării, iar alții sa rămână neafectați de acest proces.

Legiuitorul impune și o *prezumție de acceptare a planului* de către posesorii creanțelor pentru care acest document prevede achitarea integrală a creanțelor în termen de 30 de zile de la confirmarea planului (sau în conformitate cu contractele de credit sau leasing particulare din care rezultă creanțele).

Codul insolvenței [art. 139 alin. (1)] preferă să detalieze dimensiunea pozitivă a cerințelor de confirmare în funcție de numărul de categorii de creditori și să introducă o cerință suplimentară globală de confirmare: cel puțin 50% din totalul valoric al masei credale trebuie să accepte planul, cu condiția ca cel puțin una dintre categoriile defavorizate să accepte planul. Astfel, în cazul în care sunt cinci categorii de creanțe, planul se consideră acceptat dacă cel puțin trei dintre ele acceptă planul; în cazul în care sunt trei categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care cel puțin două categorii votează planul; în cazul în care sunt două sau patru categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care este votat de cel puțin jumătate din numărul de categorii.

Prin excepție de la cenzura strict legală recunoscută judecătorului sindic în privința actelor supuse verificării sale, care exclude evaluarea oportunității actelor practicia-

nului în insolvență sau debitorului, lăsată doar la latitudinea creditorilor [art. 45 alin. (2) Codul insolvenței], confirmarea judiciară a planului implică și verificarea *viabilității* acestuia [art. 139 alin. (1) lit. f) Codul insolvenței].

Subsecvent realizării celor două condiții de adoptare (pozitivă și negativă), judecătorul sindic va confirma un singur plan, chiar dacă condițiile respective pot fi satisfăcute de mai multe planuri.

898. Natura juridică și efectele planului. Planul de reorganizare este confirmat printr-o hotărâre judecătorească a judecătorului sindic și împrumută *caracterul jurisdicțional* al acesteia. După epuizarea căii de atac această hotărâre, și implicit planul confirmat prin ea, intră în puterea de lucru judecat și dobândește o prezumție de legalitate. În această situație este normal ca reiterarea unui alt plan prin aceeași procedură să fie prohibită. Conform Legii nr. 85/2006, planul confirmat va avea toate efectele unei hotărâri judecătorești definitive, respectiv va reprezenta titlu executoriu împotriva debitorului.

Drepturile creditorilor sunt modificate în mod definitiv ca urmare a adoptării planului (strict însă față de debitorul aflat în insolvență, nu și față de eventuali codebitori, fideiusori etc.).

În mod special însă, și ca urmare a acumulărilor din practică care impuneau o asemenea soluție, legiuitorul a edictat o cale de *modificare a planului de reorganizare*, în mod simetric cu procedura adoptării și confirmării acestuia. Modul inflexibil de asimilare cu o hotărâre judecătorească poate împiedeca redimensionări ale planului când situația practică concretă o cere. Soluția normativă a fost edictarea posibilității adoptării de modificări ale planului pe parcursul procedurii, cu respectarea condițiilor de vot și de confirmare prevăzute pentru planul însuși. Modificarea planului de reorganizare, inclusiv prelungirea acestuia cu o perioadă de până la 12 luni, se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși o durată totală maximă a derulării planului de 3 ani (un an conform Codului insolvenței), calculați de la confirmarea inițială. Votarea modificării de către adunarea creditorilor se face cu creanțele rămase în sold, la data votului, în aceleași condiții ca și la votarea planului de reorganizare [art. 139 alin. (5) Codul insolvenței, art. 101 alin. (5) din Legea nr. 85/2006].

Codul insolvenței renunță la caracterul ireversibil al planului confirmat, la asimilarea lui cu o hotărâre definitivă împotriva debitorului. Astfel, în cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al creanțelor, cu scăderea sumelor achitate în timpul derulării planului de reorganizare. În acest mod debitorul nu poate profita de redimensionarea creanțelor în cazul ratării restructurărilor și modificărilor asumate prin planul de reorganizare [art. 140 alin. (1) Codul insolvenței].

899. Reorganizarea judiciară pe baza planului. Etapa reorganizării judiciare pe bază pe plan respectă în primul rând constrângerile imperative impuse perioadei de desfășurare a acestuia. Astfel, executarea planului de reorganizare și în consecința reorganizarea judiciară în sine nu va putea depăși trei ani [art. 95 alin. (3) din Legea nr. 85/2006] care curg de la data confirmării planului [un an conform art. 133 alin. (3) Codul insolvenței]. Raporturile juridice încheiate pe o perioadă mai mare vor continua

să se deruleze în mod natural după închiderea procedurii prin realizarea obiectivelor insolvenței și reinserția comercială normală a debitorului.

Sprijinirea redresării debitorului se traduce și prin posibilitatea prelungirii acestui termen legal. La cererea administratorului judiciar această perioadă va putea fi extinsă cu încă un an în condițiile expuse pentru modificarea planului de reorganizare [art. 139 alin. (5) Codul insolvenței, art. 95 alin. (4) din Legea nr. 85/2006].

În privința implementării planului de reorganizare trebuie semnalată o anomalie importantă de drept societar, respectiv aducerea la îndeplinire a propunerilor din plan care implică o redimensionare statutară nu mai recurge la voința asociaților debitorului. Prin derogare expresă de la prevederile legii privind societățile (LS), planul propus de creditori poate avea ca efect *modificarea actului constitutiv* al debitorului fără acordul statutar al asociaților acestuia. Înregistrarea mențiunii privind modificarea de act constitutiv în registrul comerțului, pentru opozabilitate, va fi solicitată de administratorul judiciar având ca temei strict planul de reorganizare confirmat [și în baza izvorului normativ expres, art. 133 alin. (7) Codul insolvenței].

Reorganizarea judiciară în sine este complet explicitată de planul de reorganizare confirmat. În concluzie obligația principală a participanților la procedură, debitorul în special, este de a îndeplini întocmai și fără întârziere modificările de structură, de conducere, de restrângere sau modificare a activității, dar mai ales de a respecta programul de plăți, toate așa cum sunt prevăzute în planul de reorganizare.

De principiu debitorul-persoană juridică va fi condus de administratorul său special, dacă planul nu a prevăzut altfel. Debitorul își va conduce singur activitatea sub supravegherea administratorului judiciar și în conformitate cu planul confirmat.

Încheierea în sine a procedurii are două variante: succesul sau eșecul planului de reorganizare. În cazul executării integrale a programului de plăți judecătorul sindic va dispune încheierea procedurii insolvenței, prin reintegrarea debitorului în activitatea comercială normală. Insuccesul executării planului, respectiv dacă debitorul nu se conformează planului sau rezultatele activității aduc în continuare pierderi patrimoniale, este constat de judecătorul sindic prin hotărâre, acesta dispunând intrarea în *procedura falimentului* la cererea administratorului judiciar, comitetului creditorilor sau oricărui creditor precum și a debitorului însuși (prin administratorul special).

Dreptul de a solicita trecerea la faliment este recunoscut și titularului unei creanțe curente, exigibilă de mai mult de 30 de zile și un cuantum peste valoarea-prag, oricând în timpul planului de reorganizare [art. 143 alin. (3) Codul insolvenței].

În tot timpul procedurii debitorul (prin administratorul special sau administratorul judiciar) va informa creditorii, pe calea unor *rapoarte trimestriale*, asupra situației financiare a averii sale. Aceasta este calea principală prin care creditorii constată evoluția procesului de reorganizare și decid desfășurarea în continuare a procedurii sau sesizarea judecatului sindic pentru intrarea în procedura falimentului[1].

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 389.

BCU IAȘI - CENTRUL DE RESURSE ELECTRONICE

Capitolul VII
Procedura falimentului

900. Premise[1]. Procedura insolvenței are o desfășurare asemănătoare unui algoritm, unui arbore logic în care sunt testate mereu anumite condiții în funcție de care procesul evoluează într-un fel sau altul. Toată prezentarea anterioară prezintă astfel de situații în care evoluția procedurii este curmată și judecătorul sindic dispune intrarea în procedura falimentului. Legiuitorul recapitulează în linii mari toate aceste situații de intrare în procedura falimentului odată cu reglementarea separată a acesteia. În accepțiunea legală intrarea în procedura falimentului poate fi directă, prin deschiderea procedurii simplificate de insolvență (prin chiar hotărârea de deschidere a procedurii sau în urma unei perioade de observație), sau poate urma procedura generală, subsecventă unei perioade de observație finalizată cu o propunere acceptată de intrare în faliment sau subsecvent unui proces eșuat de confirmare de plan de reorganizare (din lipsă de propuneri în termen legal sau neacceptare la vot sau neconfirmare a niciunui plan). În sfârșit falimentul poate surveni și subsecvent confirmării unui plan și derulării unei perioade de reorganizare judiciară, când executarea planului de plăți eșuează sau activitatea debitorului generează pur și simplu pierderi.

În mod expres [art. 145 alin. (1) lit. a) Codul insolvenței, art. 101 alin. (7) din Legea nr. 85/2006], debitorul intră în faliment dacă și-a declarat intenția de a intra în procedura simplificată, dacă nu și-a declarat intenția de reorganizare sau niciuna dintre persoanele îndreptățite nu a propus un plan de reorganizare în termenul legal sau nici unul dintre planurile propuse nu a fost confirmat.

Debitorul va intra în faliment și dacă și-a declarat intenția de reorganizare, dar nu a propus un plan de reorganizare ori planul propus de acesta nu a fost confirmat și ceilalți participanți îndreptățiți sunt în aceeași situație.

Procedura falimentul este incidentă și când a fost aprobat raportul cauzal al administratorului judiciar prin care se propune intrarea debitorului în faliment. Subsecvent intrării în procedura de reorganizare, dacă debitorul nu și-a îndeplinit obligațiile de plată și celelalte obligații asumate prin planul de reorganizare sau dacă activitatea debitorului în decursul reorganizării sale aduce pierderi, finalitatea este tot intrarea în procedura falimentului.

Procedura falimentului în sine este una terminală (cu *efect de extincție* pentru debitorul persoană juridică) și ireversibilă. Dacă perioada de observație și reorganizarea judiciară sunt perioadele de redresare și de direcționare a debitorului către ieșirea din insolvență și dificultățile financiare, falimentul în sine renunță la principiile de salvgardare a debitorului. Practic intrarea în această procedură este echivalentă cu condamnarea la pedeapsa capitală a debitorului persoană juridică pentru care nu va exista cale de întoarcere, iar extincția este implacabilă. Reorganizarea și speranța redresării sunt abandonate pentru a face loc unei abordări orientate strict spre lichidarea acti-

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 215.

velor debitorului şi acoperirea, atât cât va fi posibil, a creanţelor împotriva sa, în ordinea de preferinţă stabilită de lege. Activitatea debitorului va fi una restrânsă şi limitată la scopurile lichidării.

901. Efectele deschiderii falimentului. Deschiderea procedurii falimentului are efecte legale imediate cu impact în privinţa capacităţii juridice a debitorului, în privinţa administrării lui şi a dreptului de a-şi gestiona averea etc.

Hotărârea judecătorului sindic[1] prin care se decide intrarea în faliment conţine în mod obligatoriu menţiunea privind dizolvarea societăţii debitoare. Alte efecte juridice mai presupun *ridicarea dreptului de administrare al debitorului*, numirea unui *lichidator* (provizoriu, în aceleaşi condiţii ca pentru administratorul judiciar) împreună cu stabilirea atribuţiilor şi a remuneraţiei lui sau confirmarea, în calitate de lichidator a administratorului judiciar desemnat prin hotărârea de deschidere a procedurii.

Lichidatorul judiciar va fi chemat să preia gestiunea averii debitorului (de la administratorul judiciar sau debitor) împreună cu evidenţa şi situaţia actelor şi operaţiunilor efectuate după deschiderea procedurii. Intrarea în procedura falimentului obligă la realizarea unei publicităţi separate în privinţa acestei etape de insolvenţă. Lichidatorul judiciar va fi persoana chemată să realizeze notificarea intrării în procedura falimentului în forma prevăzută de lege.

902. Măsuri privind stabilirea consolidată a masei credale. Stabilirea la zi a masei credale va consta în reactualizarea situaţiei deja existente (a tabelului definitiv de creanţe realizat de administratorul judiciar) cu creanţele născute în timpul procedurii sau va consta în realizarea *ab initio* a tabelului de creanţe în cazul procedurii simplificate. Această procedură va fi realizată de la început de un lichidator judiciar (fără activitatea anterioară a unui administrator judiciar).

În primul caz, în procedura generală, lichidatorul va trimite o notificare tuturor creditorilor menţionaţi în lista depusă de debitor subsecvent intrării în procedura falimentului, debitorului şi oficiului registrului comerţului sau registrului relevant al întreprinderii.

Notificarea va indica termenul pentru depunerea cererilor de admitere a creanţelor născute după data deschiderii procedurii sau, în cazul existenţei unei perioade de reorganizare, cererile privind creanţele a căror valoare a fost modificată faţă de tabelul definitiv de creanţe sau faţă de programul de plată din planul de reorganizare ca urmare a plăţilor făcute după deschiderea procedurii.

Toate aceste creanţe vor fi supuse verificării anterior întocmirii *tabelului suplimentar* al creanţelor, în termenele legale. Creanţele admise în tabelul definitiv de creanţe întocmit anterior intrării în faliment nu vor mai fi supuse verificării. Titularii acestor creanţe anterioare vor avea dreptul să conteste creanţele şi drepturile de preferinţă trecute de lichidator în tabelul suplimentar întocmit de acesta.

Asemănător tabelului provizoriu al creanţelor şi tabelul suplimentar va cunoaşte o perioadă de contestare în urma căreia se va întocmi *tabelul definitiv consolidat al creanţelor*. Acesta va cuprinde totalitatea creanţelor admise împotriva averii debito-

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 759.

rului, existente la data intrării în faliment, după verificarea și soluționarea contestațiilor în privința lor sau în lipsa unor asemenea contestații[1].

În cazul în care falimentul este incident într-o procedură simplificată de insolvență lichidatorul judiciar va fi chemat să stabilească întreaga masă credală începând cu creanțele anterioare deschiderii procedurii insolvenței. Practic lichidatorul judiciar va realiza sarcinile care i-ar fi revenit administratorului judiciar dacă procedura ar fi urmat modelul general de desfășurare.

Lichidatorul va trimite în această situație o notificare conținând intrarea în procedura falimentului, ridicarea dreptului de administrare și dizolvarea debitorului. Notificarea va fi adresată creditorilor și oficiului registrului comerțului. Verificarea, contestarea și întocmirea tabelului creditorilor se vor realiza sub mandatul lichidatorului judiciar. Contestarea în sine a creanțelor va aparține tuturor creditorilor procedurii și lichidatorului judiciar.

Legiuitorul păstrează sancțiunea drastică a *decăderii* din drepturi pentru toți titularii de creanțe, inclusiv cele născute după deschiderea procedurii, care nu depun cererea de admitere a creanțelor în termenele instituite pentru fiecare situație în parte.

În privința tabelului consolidat la creanțelor, oglinda definitivă a masei credale, mai sunt de evidențiat unele aspecte. În cazul falimentului subsecvent confirmării unui plan de reorganizare, titularii creanțelor vor putea invoca pentru distribuiri viitoare din cadrul falimentului doar valoarea creanțelor fixată prin planul confirmat.

Codul insolvenței inovează și se raportează și în acest caz la tabelul definitiv al creanțelor (cu înlăturarea redimensionărilor prin planul confirmat, mai puțin cota încasată în cursul reorganizării judiciare). Astfel, confirmarea planului nu modifică în mod definitiv raporturile juridice dintre debitor și creditorii săi, ci numai în timpul derulării planului de reorganizare sau subsecvent succesului acestuia. Debitorul nu poate profita de urma ratării planului de reorganizare astfel încât în cazul intrării în faliment după confirmarea unui plan de reorganizare, titularii creanțelor participă la distribuiri cu valoarea acestora evidențiată în tabelul definitiv și ulterior în tabelul definitiv consolidat (art. 148 Codul insolvenței).

Dacă în privința raporturilor juridice scrutate în perioada de observație și cea de reorganizare regula era aceea a conservării lor, inclusiv a interdicției clauzelor de exigibilitate anticipată sau desființare, în privința procedurii falimentului regula se schimba: creanțele bănești asupra averii debitorului devin scadente la data deschiderii procedurii de faliment. În acest caz exigibilitatea anticipată este una legală [art. 150 alin. (4) Codul insolvenței, art. 112 alin. (4) din Legea nr. 85/2006], pentru realizarea distribuirilor din procedura falimentului și închiderea acesteia.

903. Măsuri procedurale în vederea lichidării. În percepția sa cea mai simplă lichidarea presupune stabilirea pasivului și activului întreprinderii în vederea acoperirii a cât mai mult din acest pasiv cu activul debitorului. Stabilirea pasivului este legată de evidențierea masei credale și stabilirea tabelului definitiv consolidat de creanțe, în condițiile studiate.

Stabilirea activului, în vederea valorificării, implică câteva operațiuni care țin de identificarea și indisponibilizarea bunurilor pentru a preîntâmpina dispariția lor. În

[1] *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 399.

acest scop lichidatorul va realiza *punerea de sigilii* asupra punctelor de lucru ale debitorului (magazine, magazii, depozite, birouri) şi bunurilor sale (mărfurile şi orice alte bunuri aparţinând averii debitorului) ca şi asupra izvoarelor juridice ale raporturilor sale juridice: contractele, corespondenţa comercială, arhiva, inclusiv mijloacele electronice de stocare şi prelucrare a informaţiei. Prin excepţie, nu sunt supuse sigilării obiectele perisabile, registrele de contabilitate, titlurile de valoare scadente sau care urmează a fi scadente în scurt timp şi care vor fi supuse valorificării de către lichidator. Operaţiunea de inventariere îşi propune să identifice cât mai mult din substanţa patrimonială a debitorului.

Sigilarea va urmări atât identificarea cât şi conservarea optimă a bunurilor debitorului. În acest scop inventarul realizat va trebui să descrie toate bunurile din patrimoniul debitorului şi va fi opozabil acestuia prin semnarea actului de inventar.

904. Efectuarea lichidării *Inventarierea bunurilor* este realizată în vederea valorificării lor optime, a lichidării activului debitorului. Această operaţiune urmăreşte maximizarea averii debitorului prin vânzarea într-o formă adecvată a bunurilor debitorului de către lichidator sub controlul judecătorului sindic.

Metodele de vânzare reţinute de legiuitor privesc bunurile privite „în bloc" sau individual, vânzare realizată pe calea unei licitaţii publice, negociere directă sau o combinaţie de metode aprobate de adunarea creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului judiciar[1].

Pentru transparenţă lichidatorul va realiza o *evaluare* a bunurilor din averea debitorului apelând la serviciile unui evaluator – membru al Asociaţiei Naţionale a Evaluatorilor din România – care va folosi standardele internaţionale de evaluare. În vederea aprobării metodei de vânzare lichidatorul va supune adunării creditorilor *regulamentul de vânzare* corespunzător modalităţii de vânzare aleasă, în fapt un raport concret care va cuprinde evaluarea bunurilor şi metoda de valorificare a acestora şi în care se va preciza dacă vânzarea se va face în bloc sau individual ori o combinaţie a acestora, prin licitaţie publică sau negociere directă sau prin ambele metode. El va convoca adunarea creditorilor înştiinţându-i pe creditori despre posibilitatea studierii raportului şi a procesului-verbal al şedinţei comitetului creditorilor dacă acesta s-a întrunit anterior în acelaşi scop.

Toate aceste demersuri revin lichidatorului judiciar [art. 154 Codul insolvenţei, art. 118 alin. (4) din Legea nr. 85/2006] care are o putere decizională mai largă decât administratorul judiciar care l-a precedat în atribuţii în privinţa actelor de dispoziţie, putere necesară cât timp lichidatorul are ca scop transformarea tuturor activelor debitorului în lichidităţi prin înstrăinare şi repartizarea sumelor către creditorii îndreptăţiţi.

905. Distribuirea sumelor de bani realizate în urma lichidării. Satisfacerea creanţelor creditorilor, aşa cum sunt ele fixate prin tabelul definitiv consolidat, va urmări o anumită *ordine de preferinţă*. În general ordinea este un aşteptată, care dă satisfacţie preferinţelor legale, garanţiilor şi privilegiilor creditorilor. Legea insolvenţei face însă mai mult decât să dea satisfacţie cauzelor de preferinţă conferite de garanţiile reale. Ea impune şi o ierarhizare în interiorul creanţelor chirografare stabilind o *ordine de*

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 764.

prioritate după care au loc distribuirile către creditori, după epuizarea preferințelor conferite de garanțiile reale.

Regulile de bază ale distribuirii sumelor rezultate din lichidarea bunurilor debitorului pot fi grupate în două comandamente. În primul rând distribuirile se fac în ordinea *claselor de creditori* create, titularii de creanțe dintr-o categorie inferioară putând participa la distribuire numai după deplina satisfacere a creanțelor din categoria ierarhic superioară. În al doilea rând sumele de distribuit între creditorii cu același rang de prioritate vor fi acordate proporțional cu suma alocată pentru fiecare creanță conform tabelului definitiv consolidat al creanțelor, respectiv în cazul insuficienței sumelor necesare acoperirii valorii integrale a creanțelor cu același rang de prioritate titularii acestora vor primi o *cotă falimentară*, reprezentând suma proporțională cu procentul pe care creanța lor îl deține în categoria creanțelor respective [art. 124 din Legea nr. 85/2006, art. 163 alin. (2) Codul insolvenței].

Dincolo de un privilegiu al cheltuielilor ocazionate de procedura însăși remarcăm preferința legal recunoscută creanțelor născute în timpul procedurii, a acelor creanțe angajate pentru a asigura activitatea curentă a debitorului în speranța obținerii unei redresări și a salvării debitorului de la faliment (cu preferință diferită după cum sunt și acestea garantate sau negarantate). Deși aceste creanțe sunt supuse și ele înregistrării la cerere în tabelul creanțelor (suplimentar și consolidat), verificării și contestării, ele se bucură de un regim favorabil în privința gradului de preferință. Putem considera acest regim ca o recompensă pentru creditorii care au susținut debitorul prin raporturile juridice încheiate în perioada insolvenței, când de obicei debitorul este deja stigmatizat și riscul de neonorare integrală a obligațiilor asumate este mai mare.

Ajungerea în faza falimentului semnifică eșecul salvării debitorului, iar satisfacția dată creditorilor apăruți ulterior deschiderii procedurii este gradul de preferință mai ridicat recunoscut creanțelor lor.

În privința claselor de creditori, preferință au bineînțeles creditorii care și-au constituit *garanții* sau au dobândit *privilegii* asupra bunurilor debitorului. Aceștia se vor îndestula cu preferință din sumele obținute din vânzarea bunurilor asupra cărora poartă garanții reale (ipoteci imobiliare sau mobiliare) sau alte drepturi speciale. Vânzarea acestor bunuri afectate unor garanții atrage o ordine legală de preferință: 1. creanțe izvorâte din taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, cheltuieli aferente conservării, administrării acestor bunuri precum și pentru plata remunerațiilor datorate persoanelor angajate în interesul comun al tuturor creditorilor [acestea se vor suporta pro rata, în raport cu valoarea tuturor bunurilor din averea debitorului, art. 159 alin. (1) pct. 1 Codul insolvenței]; 2. creanțe garantate (capital și accesorii de orice fel) născute ulterior deschiderii procedurii insolvenței; 3. creanțe garantate cu bunul respectiv (capital și accesorii) născute anterior deschiderii procedurii.

Dacă din vânzarea bunurilor afectate executării obligațiilor creanțele arătate nu sunt stinse în totalitate, partea nestinsă din creanță rămâne creanță chirografară care va veni în concurs cu categoria acestor creanțe și va respecta ordinea lor de preferință. Dacă însă toate creanțele sunt acoperite diferența rezultată va rămâne în contul averii debitorului servind pentru acoperirea categoriilor inferioare de creanțe.

Preferința acordată creditorilor cu cauze de preferință este ocrotită și prin norma care prevede că creditorul garantat este îndreptățit să participe la orice distribuire de sumă din averea debitorului făcută înaintea vânzării bunului alocat garanției lui dacă

există pericolul ca un creditor dintr-o categorie inferioară să primească mai mult decât ar fi primit dacă bunul supus garanției ar fi fost vândut anterior distribuirii[1].

906. Preferința legală a creanțelor fără cauze de preferință. Dincolo de ordinea de preferință din interiorul clasei de creanțe privilegiate sau garantate cu garanții reale legiuitorul instituie o ordine proprie pentru restul creanțelor, ordine aplicabilă pentru celelalte categorii de creanțe ca și pentru partea din creanțele cu cauză de preferință neacoperită prin valorificarea bunului. Ordinea legală de preferință a acestor creanțe este următoarea [art. 161 Codul insolvenței, art. 123 din Legea nr. 85/2006]: 1) creanțe (taxe, timbre, orice alte cheltuieli) aferente procedurii insolvenței, inclusiv plata remunerațiilor practicienilor și a persoanelor angajate de aceștia; 2) remunerațiile cuvenite membrilor comitetului creditorilor dacă au fost aprobate de adunarea creditorilor (conform Codului insolvenței); 3) creanțe izvorâte din raporturi de muncă; 4) creanțe născute din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, inclusiv creditele, cu accesoriilor lor, angajate după aceasta dată, precum și cele datorate terților dobânditori de bună-credință sau subdobânditorilor care restituie averii debitorului bunurile ori contravaloarea acestora subsecvent acțiunilor speciale în anulare (acestea în reglementarea specială a Codului insolvenței); 5) creanțele bugetare; 6) creanțe reprezentând obligațiile de întreținere ale debitorului (alocații pentru minori, alte prestații asemenea); 7) creanțe reprezentând sumele pentru întreținerea debitorului-persoană fizică și a familiei sale, aprobate de judecătorul sindic; 8) creanțe reprezentând credite bancare, cu accesorii, reprezentând livrări de bunuri, prestări de servicii sau din chirii; 9) restul de creanțe chirografare; 10) creanțe subordonate, la care Codul insolvenței adaugă creanțele născute în patrimoniul terților dobânditori de rea-credință ai bunurilor debitorului, subsecvent acțiunilor speciale în anulare, precum și creanțele acordate debitorului-persoană juridică creditele acordate debitorului-persoană juridică de către asociați cu o pondere de cel puțin 10% din capitalul social sau drepturile de vot și creanțele izvorând din acte cu titlu gratuit.

Această ordine de acoperire a creanțelor va acționa în privința sumelor încasate de debitor (prin lichidator) și va fundamenta planul de distribuire între creditori pe care lichidatorul este ținut să-l întocmească periodic.

Codul insolvenței reglementează în această ordine de preferință și creanțele terților dobânditori de bunuri de la debitor ale căror acte din perioada suspectă au fost anulate. Ei nu au calitatea și preferința unor simpli creditori chirografari, buna sau reaua-credință schimbându-le locul în ierarhia creditorilor. Astfel, poziția terților *dobânditori de bună-credință* sau subdobânditorilor care restituie averii debitorului bunurile sau contravaloarea acestora în urma anulării transferurilor este aceeași cu creditorii născuți în legătură cu creditele necesare continuării activității în timp ce creanțele născute în patrimoniul terților *dobânditori de rea-credință* ai bunurilor debitorului au poziția ingrată, ultimă, a creanțelor subordonate [art. 161 pct. 4, respectiv art. 161 pct. 10 lit. a) Codul insolvenței)].

[1] Bineînțeles că sumele primite din aceste distribuiri anterioare vânzării bunului vor fi scăzute din cele pe care creditorul ar fi îndreptățit să le primească ulterior din prețul obținut prin vânzarea bunului supus garanției sale [art. 121 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, art. 159 alin. (3) Codul insolvenței].

907. Planul de distribuire și raportul final de lichidare. Încasarea creanțelor, valorificarea bunurilor din averea debitorului și distribuirile aferente în contul creanțelor sunt procese care se derulează cu ritmicitate în timpul procedurii falimentului. Pentru supravegherea activității lichidatorului judiciar și pentru transparența procedurii legea impune ca la fiecare interval de trei luni scurse din perioada derulării procedurii lichidatorul să întocmească și să prezinte creditorilor un *raport asupra lichidităților* rezultate din lichidarea bunurilor și din încasarea de creanțe. Alături de valoarea activelor dislocate din patrimoniu și transformate în lichidități lichidatorul va întocmi și un *plan de distribuire* a acestor sume între creditori. Aceste documente trebuie să respecte regulile privind lichidarea și normele privind ordinea de distribuire a sumelor pentru acoperirea creanțelor debitorului și sunt supuse cerințelor de publicitate (înregistrare la grefa tribunalului și BPI). Creditorii sunt în drept să formuleze *contestații* la raport și la plan urmând ca, în contradictoriu cu debitorul, și lichidatorul, judecătorul sindic să soluționeze toate contestațiile.

Cele două documente cenzurate de creditori au un cuprins minimal prevăzut de lege [art. 160 alin. (2)-(3) Codul insolvenței, art. 122 din Legea nr. 85/2006]. *Raportul asupra fondurilor obținute din lichidare* și din încasarea de creanțe trebuie să cuprindă sumele aflate în contul de lichidare după ultima distribuire și sumele de la data raportului, diferența reprezentând sumele obținute de lichidator din valorificarea bunurilor, încasarea de creanțe ale debitorului, inclusiv dobânzi și alte accesorii datorate debitorului pentru disponibilitățile sale nedistribuite păstrate în conturi bancare.

Planul de distribuire între creditori va cuprinde identificarea exactă a creanțelor care beneficiază de distribuiri, respectiv modificările survenite în tabelului definitiv de creanțe, sumele deja distribuite, dar și sumele de distribuit și valoarea rămasă neachitată a creanțelor după efectuarea distribuirii.

908. Raportul de lichidare. Lichidările de bunuri, încasarea de creanțe și distribuirile continuă până la epuizarea substanței patrimoniale a debitorului. Rapoartele periodice și planurile de distribuire ale lichidatorului își găsesc încununarea și punctul final în *raportul final de lichidare* și *situațiile financiare* finale.

După ce bunurile debitorului au fost lichidate în integralitate și toate creanțele debitorului existente au fost încasate, lichidatorul întocmește și supune cenzurii judecătorului sindic raportul final de lichidare și situațiile financiare finale, întocmite în acord cu prevederile contabile aplicabile. Și aceste documente vor fi comunicate creditorilor și debitorului. Adunarea creditorilor este chemată să se pronunțe asupra înscrisurilor, iar fiecare creditor este în drept să formuleze *obiecțiuni* la raportul final anterior datei adunării. Ședința respectivă este una prezidată de judecătorul sindic care soluționează, prin încheiere, obiecțiunile ridicate și în mod subsecvent soluțiilor date aprobă raportul final de lichidare în forma rezultată după soluționarea acestor obiecțiuni [art. 167 Codul insolvenței, art. 129 din Legea nr. 85/2006].

Raportul final de lichidare este documentul care reprezintă izvorul juridic pentru distribuirea finală a tuturor fondurilor din averea debitorului. Prin aceste acțiuni procedura lichidării este practic încheiată.

909. Răspunderea asociaților derivată din regimul legal al societăților cu răspundere nelimitată. Debitorii-persoane juridice sunt supuși regulilor de răspundere stabilite prin izvoarele juridice proprii de înființare. În măsura în care răspunderea asociaților (membrilor etc.) este una nelimitată pentru obligațiile debitorului, aceștia vor fi chemați să suporte insolvabilitatea patrimonială a debitorului.

Conform șabloanelor societare stabilite de legea societăților (LS) asociații în societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită simplă sau pe acțiuni sunt răspunzători în mod nelimitat pentru obligațiile societăților din care fac parte.

Răspunderea nelimitată este prevăzută și pentru membrii grupului de interes economic, persoană juridică reglementată în dreptul intern după modelul societății în nume colectiv.

În cazul acestor debitori, judecătorul sindic este cel chemat să constate insuficiența activelor pentru plata creanțelor înregistrate în tabelul definitiv consolidat de creanțe și să pronunțe o *sentință definitivă* și executorie împotriva asociaților cu răspundere nelimitată. Împotriva acestor persoane lichidatorul va pune în executare titlul executoriu astfel obținut și va purcede la executare silită cu concursul unui executor judecătoresc.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul VIII
Închiderea procedurii

Secțiunea 1. Modalități de realizare

910. Preliminarii[1]. Închiderea procedurii falimentului este un eveniment care poate consemna fie revenirea debitorului în mediul concurențial comercial după plata integrală a creanțelor sale (eventual reajustate prin planul de reorganizare) fie *radierea debitorului* persoană juridică consecutiv extincției totale a patrimoniului acestuia.

Închiderea procedurii nu este un moment unic determinat, subsecvent procedurii falimentului, așa cum este prezentat aici. Sprijinirea cu succes a întreprinderii debitorului, salvarea ei, înseamnă închiderea procedurii fie după perioada de observație, fie după confirmarea și executarea cu succes a unui plan de reorganizare. Acestea sunt de fapt variantele optimiste pentru debitor, variantele încurajate de procedura insolvenței.

Atingerea procedurii falimentului, prin oricare dintre variante, atrage inexorabil dizolvarea, lichidarea și radierea debitorului persoană juridică, procedura închizându-se prin consemnarea încetării ființei debitorului.

911. Cazurile de închidere a procedurii. În declarația legii, în orice stadiu al procedurii insolvenței judecătorul sindic va da o *sentință de închidere a procedurii*, dispunând și radierea debitorului din registrul său de publicitate dacă nu există bunuri în averea debitorului ori ele sunt insuficiente pentru acoperirea cheltuielilor administrative (iar creditorii nu înțeleg să avanseze sumele corespunzătoare). Această situație se referă deci la inexistența bunurilor (când oricum ar fi incidentă procedura simplificată de insolvență), nu la lipsa disponibilităților, proprie stării de insolvență.

Legea reglementează un *fond de lichidare* cu finalitatea efectuării de plăți în situația lipsei disponibilităților din conturile debitorului. Acest fond este constituit prin prelevarea unor sume astfel [art. 39 alin. (7) Codul insolvenței, art. 4 alin. (6) din Legea nr. 85/2006]: 50% la taxele care se achită la oficiul registrului comerțului pentru orice înregistrare și 2% din sumele recuperate în cadrul procedurilor de insolvență.

Procedura insolvenței poate fi finanțată din acest fond de lichidare urmând ca sumele folosite, având natura unor cheltuieli aferente procedurii, să fie restituite din averea debitorului odată cu realizarea distribuirilor.

Lipsa bunurilor din averea debitorilor face însă inoperabilă schema de funcționare a acestui fond fiindcă în mod evident sumele nu pot fi recuperate din averea debitorului. De aici soluția legală a închiderii procedurii în situația lipsei bunurilor (nu a disponibilităților) din patrimoniul debitorului.

Al doilea caz de închidere a procedurii [art. 175 alin. (1) Codul insolvenței, art. 132 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], în cronologia textului normativ, privește situația procedurii de reorganizare pe bază de plan în ipoteza îndeplinirii tuturor obligațiilor de

[1] *C. Gheorghe*, Drept comercial, op. cit., p. 225.

plată asumate în planul confirmat. În această situație judecătorul sindic va închide prin sentință procedura, iar debitorul va supraviețui.

Al treilea caz [art. 175 alin. (1) teza a II-a, art. 176 Codul insolvenței, art. 132 alin. (2), art. 133 din Legea nr. 85/2006] acoperă situația în care planul de reorganizare eşuează sau procedura a evoluat direct în procedura falimentului. Judecătorul sindic va aproba într-un final raportul de lichidare, iar ulterior distribuirii fondurilor şi bunurilor din averea debitorului va pronunța o sentință, închizând procedura, iar în cazul persoanelor juridice dispunând şi radierea acestora. În situația particulară în care, în procedura ireversibilă a falimentului, creanțele au fost complet stinse prin distribuiri judecătorul sindic pronunță sentința de închidere a falimentului şi radiere a debitorului-persoană juridică înainte ca bunurile din averea debitorului să fi fost lichidate în întregime dacă toți asociații persoanei juridice solicită acest lucru. Bunurile rămase ne valorificate trec în proprietatea indiviză a asociaților în conformitate cu cotele de participare la capitalul social.

În al patrulea caz legal [art. 177 Codul insolvenței, art. 134 din Legea nr. 85/2006], în cazul deschiderii procedurii insolvenței urmată de lipsa oricărei creanțe înregistrate prin cerere de admitere formulată în termenul legal, judecătorul sindic va pronunța o sentință de închidere a procedurii şi de revocare a hotărârii de deschidere a procedurii. Debitorul reintră în activitatea comercială neîngrădită. Situația este aceeaşi dacă toți creditorii înscrişi în tabelul definitiv al creanțelor primesc sumele ce li se datorează în perioada de observație sau renunță la judecată în perioada de observație, judecătorul sindic dispune închiderea procedurii prevăzută de prezenta lege, debitorul continuându-şi activitatea (art. 178 Codul insolvenței).

912. Efectele închiderii procedurii. Închiderea procedurii insolvenței produce efecte atât față de debitor cât şi față de toți participanții implicați în procedură[1]. Judecătorul sindic, administratorul şi lichidatorul judiciar, toate persoanele angajate de aceştia îşi încetează mandatul, sunt „descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor şi averea lui, creditori, titulari de garanții, acționari sau asociați" [art. 180 Codul insolvenței, art. 136 din Legea nr. 85/2006].

În privința debitorului distingem între debitorul persoana fizică şi debitorul persoană juridică. *Debitorul persoană fizică* se va bucura de descărcarea de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, cu condiția să nu fie condamnat pentru bancrută sau pentru plăți ori transferuri frauduloase.

Debitorul persoană juridică se bucură de avantajele legii doar subsecvent unei proceduri reuşite de reorganizare judiciară, în caz contrar fiind dizolvat şi radiat. În acest caz însă, la data confirmării planului de reorganizare el este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului şi cea prevăzută în plan, exonerarea neatingând însă şi eventualele obligații ale fideiusorului sau ale codebitorului principal. *Codul insolvenței* condiționează această descărcare de reuşita planului; în caz contrar debitorul datorând onorarea creanțelor aşa cum sunt identificate în tabelul definitiv al creanțelor (art. 181 Codul insolvenței).

În toate cazurile *sentința de închidere a procedurii*, cu efecte diferite după modul particular de închidere al procedurii, va fi comunicată de judecătorul sindic organului

[1] *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 771.

fiscal și oficiului registrului comerțului, pentru efectuarea mențiunii de radiere sau de ștergere a mențiunilor privind incidența procedurii insolvenței în situația salvgardării debitorului.

Secțiunea a 2-a. Răspunderea pentru intrarea în insolvență

913. Răspunderea civilă. Procedura insolvenței nu are un caracter punitiv intrinsec, nu urmărește sancționarea debitorului aflat în dificultate însă, în interesul maximizării averii asupra căreia se exercită concursul creditorilor, legea reglementează o formă specială de răspundere pentru membrii organelor de conducere sau supraveghere din cadrul societății precum și pentru orice persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului în modul prevăzut de lege.

Reglementarea legală are ca finalitate declarată *atragerea răspunderii* unor persoane pentru o parte a pasivului debitorului stabilit în procedura insolvenței, atunci când starea de insolvență le este imputabilă acestor persoane în condițiile legii[1]. Sfera acestor persoane are în centru membrii organelor de conducere sau supraveghere din cadrul societății debitoare însă se întinde nedefinit pentru a cuprinde orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului.

Răspunderea nu este, și nu poate fi, una obiectivă care ar tinde spre aplicarea unei răspunderi nelimitate a asociaților dincolo de șablonul societar particular. Răspunderea persoanelor vizate este una specială, care implică pe lângă faptă – incidența stării de insolvență – și un prejudiciu, reprezentat de o parte din pasiv, și o legătură de cauzalitate[2] detaliată de lege prin evidențierea faptelor care atrag răspunderea și o vinovăție, fiindcă starea de insolvență trebuie să fie imputabilă persoanei în cauză. Deși am urmat șablonul răspunderii civile delictuale, răspunderea din cauză este o răspundere specială delimitată de lege care nu are nevoie de întoarcerea la condițiile de existență ale răspunderii delictuale.

Față de caracterul special al răspunderii civile observate trebuie să reținem ca limitative faptele prin care persoanele vizate pot cauza starea de insolvență [art. 169 alin. (1) Codul insolvenței, art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006]: au folosit bunurile sau creditul debitorului în folosul propriu sau al altei terțe persoane, au desfășurat acte de comerț în interes personal, sub aparența vălului societar, au dispus continuarea activității debitorului cu consecința încetării de plăți, urmând un interes propriu, au ținut o contabilitate fictivă sau cu neobservarea normelor contabile legale, au ascuns în orice mod o parte din activul persoanei juridice sau au mărit în mod nereal pasivul acesteia, au folosit procedee împovărătoare pentru procurarea de fonduri și întârzierea instalării insolvenței, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori în luna precedentă încetării plăților sau orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului.

---

[1] În sensul naturii unei răspunderi civile delictuale speciale, a se vedea *Gh. Piperea*, Drept comercial, vol. II, op. cit., p. 428.

[2] Legătura de cauzalitate poate fi atât directă cât și indirectă însă trebuie întotdeauna probată, *St.D. Cărpenaru*, Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, op. cit., p. 777.

Codul insolvenței adaugă, deci, o prevedere de o generalitate evidentă care tinde la subminarea caracterului limitativ al faptelor care atrag răspunderea persoanelor responsabile. Astfel, răspunderea specială poate fi atrasă pentru orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului [art. 169 alin. (1) lit. h) Codul insolvenței]. În acest mod ceea ce rămâne este legătura de cauzalitate, dintre faptă și starea de insolvență, fără ca sfera faptelor să mai fie limitativă. Enumerarea anterioară devine una pur exemplificativă față de vocația oricărei fapte de a atrage răspunderea specială.

Exonerarea de răspundere specială din lege privește formele de sprijinire a întreprinderii aflate în dificultate, respectiv mandatul ad-hoc și concordatul preventiv [art. 169 alin. (5) Codul insolvenței, art. 138 alin. (1^1) din Legea nr. 85/2006]. În aceste situații, dacă ne aflăm în fața unui acord cu creditorii, convenit în urma unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor, iar acordul urmărește redresarea financiară a debitorului și nu are ca scop prejudicierea unor creditori, răspunderea reprezentantului legal al persoanei juridice nu va putea fi angajată.

Exonerările de răspundere mai acoperă situația organelor colegiale proprii materiei societare: răspunderea persoanelor responsabile nu poate fi angajată dacă, în organele colegiale de conducere ale persoanei juridice, s-au opus la actele ori faptele care au contribuit la starea de insolvență sau au lipsit de la luarea deciziilor care au contribuit la starea de insolvență și au solicitat expres să se consemneze împotrivirea lor la aceste decizii. Registrele organelor colegiale de conducere ale persoanei juridice vor consemna asemenea situații. Dincolo de aceste mecanisme de exonerare răspunderea persoanelor vizate este *solidară* dacă starea de insolvență s-a instaurat înainte sau în timpul mandatului lor [art. 169 alin. (3)-(4) Codul insolvenței, art. 138 alin. (4) din Legea nr. 85/2006].

914. Condiții de aplicare și procedură. Un rol important în privința inițierii angajării răspunderii persoanelor culpabile îl are administratorul judiciar care în raportul său cauzal indică atât cauzele decelate ale incidenței insolvenței cât și persoanele cărora le poate fi imputată această stare. În situația inacțiunii administratorul judiciar (sau lichidatorul judiciar, în procedura simplificată) dobândește calitate procesuală activă președintele comitetului creditorilor, dacă acest organ există sau un reprezentant al adunării creditorilor când aceasta a hotărât acest lucru. Calitatea procesuală activă poate fi recunoscută și creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală [art. 169 alin. (2) Codul insolvenței, art. 138 alin. (3) din Legea nr. 85/2006].

Termenul de prescripție pentru acțiunea în răspundere specială este de trei ani, începutul prescripției fiind reprezentat de data la care a fost cunoscută (sau trebuia cunoscută) persoana care a cauzat apariția stării de insolvență și prejudiciul cauzat. Legea fixează și un moment obiectiv final pentru începutul curgerii prescripției, respectiv nu mai târziu de doi ani de la data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii.

Legea reglementează și *măsurile vremelnice* incidente în litigiile privind răspunderea specială și efectele angajării acestei răspunderi speciale [art. 172 Codul insolvenței, art. 141 din Legea nr. 85/2006]. Astfel, inițiatorul acțiunii (administratorul judiciar, lichidatorul, comitetul creditorilor sau creditorul îndreptățit) poate cere judecătorului sindic instituirea de *măsuri asigurătorii* (vremelnice) asupra bunurilor din

averea persoanelor a căror răspundere este angajată pentru starea de insolvență a debitorului, cu plata unei cauțiuni.

Sumele obținute din angajarea răspunderii persoanelor cărora le este imputabilă insolvența vor intra în patrimoniul debitorului urmând regimul creanțelor încasate care vor fi folosite pentru programul de plăți din procedura de reorganizare sau pentru distribuiri în procedura falimentului.

Hotărârea judecătorească definitivă obținută împotriva persoanelor cărora le este imputabilă starea de insolvență va fi executată în condițiile dreptului comun, de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă.

Chiar radierea debitorului nu împiedică executarea persoanelor responsabile pentru insolvență. În acest caz sumele rezultate din executarea silită, ținând cont că practicianul în insolvență s-a desistat de cauză, vor fi repartizate de către executorul judecătoresc cu respectarea tabelului definitiv consolidat de creanțe pus la dispoziția sa de către lichidator.

Hotărârea prin care s-a dispus atragerea răspunderii patrimoniale a administratorului statutar va fi comunicată către Oficiul Național al Registrului Comerțului, din oficiu. Într-un mod absolut drastic, *Codul insolvenței* [art. 169 alin. (9)] dispune că persoana împotriva căreia s-a pronunțat o hotărâre definitivă de atragere a răspunderii nu mai poate fi desemnată administrator timp de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii.

915. Răspunderea contravențională și penală. Codul insolvenței conține, în mod temporar, *infracțiuni* speciale cu lungă tradiție în materie și alte infracțiuni specifice. Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal, acesta va reglementa și infracțiunile specifice insolvenței, textele infracțiunilor din Codul insolvenței urmând să fie abrogate[1]. Infracțiunile de *bancrută* sunt intim legate de starea de insolvență și angajează răspunderea penală a debitorului persoană fizică pentru fapte determinate care țin de deturnarea procedurii insolvenței și a finalității ei.

Bancrută simplă [art. 337 Codul insolvenței, art. 143 din Legea nr. 85/2006] conține ca alternative de realizare a elementului material al laturii obiective a conținutului constitutiv neintroducerea sau introducerea tardivă, cu mai mult de 6 luni peste termenul legal, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței de către debitorul persoană fizică ori de către reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare.

În privința acestor termene trebuie observate obligațiile impuse debitorului de legea insolvenței, respectiv acesta este ținut să sesizeze tribunalul în termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență. Obligația vizează deci insolvența în sine, nu starea de insolvență iminentă. Raportarea cea mai comodă se poate face la starea de insolvență prezumată care semnifică scurgerea a 90 de zile (60 de zile conform Codului insolvenței) de la scadența datoriilor neplătite datorită insuficienței fondurilor. Prin cumularea termenelor vedem că răspunderea penală nu este atrasă mai devreme de 10

[1] La data intrării în vigoare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal și a Legii nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, cu modificările și completările ulterioare, art. 337–341, infracțiunile din Codul insolvenței se abrogă (art. 350 Codul insolvenței).

luni (conform Codului insolvenței) de la neonorarea datoriilor scadente pentru insuficiența fondurilor.

Bancruta frauduloasă conține ca alternative de realizare a elementului material al laturii obiective a conținutului constitutiv falsificarea, sustragerea sau distrugerea evidențelor sau ascunderea unei părți din activul averii debitorului, indicarea de datorii inexistente în situațiile financiare, registrele sau alte acte ale debitorului, înstrăinarea unei părți din active în caz de insolvență a debitorului, în frauda creditorilor. Subiectul activ al infracțiunii nu este calificat, putând fi atât debitorul, reprezentantul său legal cât și orice persoană cu atribuții în activitatea debitorului.

Bancruta frauduloasă implică în esență o denaturare frauduloasă, de natură să lezeze creditorii, a realității patrimoniale a debitorului. Denaturarea este realizată fie prin diminuarea activului fie prin supradimensionarea fictivă a pasivului social. Latura subiectivă a infracțiunii implică vinovăția sub forma intenției directe, scopul prevăzut de lege fiind fraudarea creditorilor.

Alte infracțiuni privesc angajarea răspunderii altor participanți la procedura insolvenței, respectiv practicienii în insolvență. În cazul lor este prevăzută o formă calificată a infracțiunii de *gestiune frauduloasă* cât și o formă a infracțiunii de *delapidare* [art. 338 și 339 Codul insolvenței, art. 144 și 145 din Legea nr. 85/2006].

Pentru creditori (art. 146 din Legea nr. 85/2006, art. 340 Codul insolvenței) este instituită răspunderea penală pentru formularea de cereri de admitere la tabelul creanțelor a unor creanțe inexistente, iar pentru administratorul, directorul, directorul executiv ori al reprezentantului legal al debitorului [art. 341 Codul insolvenței, art. 147 din Legea nr. 85/2006] este instituită răspunderea penală pentru refuzul de a pune la dispoziția judecătorului sindic, administratorului judiciar sau lichidatorului a informațiilor impuse de legea insolvenței în privința situației patrimoniale a debitorului.

Răspunderea contravențională specială [art. 342 alin. (2) Codul insolvenței, art. 148^1 din Legea nr. 85/2006] privește obligația debitorului, prin organele de conducere ale acestuia, ce deține pagini de internet să publice și în acest mod electronic, în termen de 24 de ore de la data comunicării hotărârii de deschidere a procedurii, datele despre acest eveniment și informațiile referitoare la starea economică a societății.

BCU IASI / CENTRU DE CONSULTARE

Capitolul IX
Grupul de societăți și insolvența

Secțiunea 1. Introducere

916. Principii de reglementare. *Codul insolvenței* adaugă la materia tradițională a insolvenței și norme care privesc grupul de societăți, norme inexistente în Legea nr. 85/2006. În funcție de soarta acestui cod (supus controlului de constituționalitate pe calea excepției ridicată de Avocatul Poporului și declarat neconstituțional de Curtea Constituțională), și acest adaos normativ poate supraviețui. Indiferent de acest lucru, soluțiile normative propuse de Codul insolvenței merită observate din punct de vedere științific. Abordarea noțiunii grupului de societăți în materia insolvenței este una inovatoare. Realitatea legăturilor dintre societăți nu poate fi ignorată în desfășurarea procedurilor de salvare sau lichidare a membrilor grupurilor. Totuși reglementarea nu atinge problemele cu adevărat sensibile ale materiei. Realitatea grupului rămâne una de fapt, fiindcă din punct de vedere juridic *independența* fiecărei unități patrimoniale nu este atinsă. Personalitatea grupului, de natură de a unifica în mod real procedurile asupra membrilor, nu este abordată. Nici răspunderea societății mamă pentru societățile din grup nu este declarată, fiind păstrată optica tradițională a independenței societăților din grup. Lăsând neatinse problemele privind personalitatea grupului și răspunderea juridică a societății dominante reglementarea realizează în fapt doar *coordonarea* unor proceduri distincte deschise simultan asupra membrilor grupului.

În acest mod reglementarea insolvenței la nivelul grupului de societăți rămâne o insolvență societară individuală. Câștigul este doar unul procedural, de administrare mai bună a unor proceduri care au în comun legăturile dintre debitori.

917. Delimitarea grupului de societăți. Orice abordare a grupului de societăți suferă de lipsa unei definiri generale a noțiunii astfel încât este obligată să purceadă la definirea proprie a noțiunii. Reglementarea insolvenței conține o definire proprie, independentă normativ, a noțiunii, închisă însă în domeniul strict al procedurilor de insolvență.

Grupul de societăți este definit ca fiind entitatea (fără personalitate juridică) alcătuită din două sau mai multe societăți legate prin *control* sau deținerea *participațiilor calificate* sau o combinație a celor două metode.

Controlul este definit în mod general ca aptitudinea de a determina sau influența în mod dominant, direct sau indirect, politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare (art. 5 pct. 9 Codul insolvenței). Modalitățile de realizare a controlului sunt foarte largi așa că legea instituie o *prezumție de control* pentru facilitarea aplicării practice a noțiunii. Prezumția de control a societății dominante operează atunci când aceasta deține în mod direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală a societății respective. Prezumția operează de la o participație de 40% din drepturile de vot ale altei societăți dacă niciun alt asociat sau

acționar nu deține în mod direct sau indirect o cotă superioară din drepturile de vot. Indiferent de deținere, prezumția de control este instituită și dacă societatea dominantă, prin deținerile sale, dispune de puterea de a numi sau revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere.

Prezumția de control este incidentă deci strict raportat la deținerile de drepturi de vot. Ea operează doar pentru *grupurile financiare*[1].

A doua modalitate de delimitare a grupului privește *participațiile calificate*, respectiv deținerea unei fracțiuni de capital cuprinsă între 20% si 50% deținută de către o societate la altă societate.

Definirea grupului de societăți, alcătuit dintr-o societate dominantă (societate-mamă) și societăți controlate, nu este una foarte consistentă. Referirea la control și la participații calificate apare ca redundantă cât timp controlul și mai ales prezumția de control acoperă situația participărilor calificate. Definirea foarte largă a controlului salvează noțiunea, dar o face greu de delimitat. În privința participațiilor calificate trebuie subliniat că ele se referă la *interconectarea* societăților din grup, lucru care implică situația deținerilor reciproce între societăți.

918. Principiile reglementării insolvenței grupurilor de societăți. Reglementarea nu aduce atingere *independenței patrimoniale* a societăților din grup. Scopul declarat privește *coordonarea procedurală* a derulării unor proceduri de insolvență care au ca debitori membrii grupului de societăți. Această coordonare este realizată prin norme ce țintesc corelarea procedurilor de insolvență deschise împotriva membrilor unui grup de societăți, pentru a asigura celeritatea și armonizarea procedurilor, precum și pentru minimizarea costurilor.

În vederea realizării depline a acestei coordonări legea instituie *o obligație de cooperare* impusă instanțelor și practicienilor în insolvență implicați în proceduri diferite ale membrilor unui grup de societăți. Această cooperare se realizează prin schimbul de informații cu privire la procedură, în special în privința creanțelor, activelor și măsurilor luate de practicianul în insolvență, deschiderea concomitentă a procedurilor de insolvență a membrilor grupului, la cererea persoanelor îndreptățite și corelarea termenelor procedurale și a ședințelor adunării creditorilor (art. 5 pct. 39 Codul insolvenței).

Dacă nu a fost desemnat același practician în insolvență pentru fiecare membru al grupului, practicianul desemnat în dosarul privind societatea dominantă va coordona comunicarea între ceilalți practicienii în insolvență desemnați, din calitatea de *practician coordonator*.

[1] A se vedea *supra* Titlul VIII, Capitolul IV (*Grupurile de societăți*).

Secțiunea a 2-a. Reguli speciale privind competența și organele care aplică procedura

919. Coordonarea procedurilor aplicate membrilor grupului. Situația premisă a reglementării grupurilor în procedura insolvenței este aceea în care mai mulți membri ai grupului sunt supuși unei asemenea proceduri. Corpusul normelor insolvenței se aplică fiecărei societăți în parte. Reglementarea specială adaugă doar un set de reguli care derogă de la această reglementare pentru realizarea unei interconectări între procedurile în derulare.

Inițiativa coordonării procedurilor aparține debitorului, creditorilor sau oricărei persoane interesate care poate solicita judecătorului sindic verificări cu privire la existența relațiilor de grup.

Situația premisă a coordonării procedurilor este *cererea comună* de deschidere a procedurii insolvenței formulată de debitor sau creditor, având drept scop deschiderea pro-cedurii insolvenței în mod concomitent împotriva a doi sau mai multor membri ai grupului. Independența societăților rămâne neatinsă față de constituirea de dosare separate, repartizate însă spre soluționare aceluiași judecător sindic.

În cazul deschiderii procedurii insolvenței împotriva unor membri ai grupului de societăți subsecvent depunerii unei asemenea cereri comune, *instanța competentă* este tribunalul în a cărui circumscripție teritorială își are sediul societatea-mamă, pentru toate societățile membre ale grupului. Dacă identificarea societății mamă nu este indubitabilă acest rol este conferit societății cu cea mai mare cifră de afaceri, conform ultimei situații financiare publicate.

Pentru coordonarea procedurilor de insolvență este realizată o prorogare de competență, instanța competentă în privința societății mamă dobândind în temeiul legii deplină competență asupra insolvenței oricărei societăți din grup. Trebuie subliniat însă că fiecare membru al grupului va avea în continuare un dosar separat. Practic toate procedurile de insolvență se vor afla sub soluționarea unui *judecător sindic* unic.

Codul insolvenței încearcă o unificare sau măcar cooperare în privința participanților la procedurile de insolvență care privesc membrii aceluiași grup de societăți.

Astfel, dacă creditorii care dețin cel puțin 50% din masa credală sunt aceiași pentru fiecare membru al grupului va fi desemnat același *practician în insolvență* pentru fiecare procedură aplicată membrilor. Dacă masa credală este una diferită pentru membrii grupului, persoana practicienilor în insolvență va fi diferită, dar legea instituie pentru ei *obligația de cooperare*, desemnând un practician coordonator în persoana practicianului desemnat pentru societatea mamă a grupului. În acest scop este încheiat un *protocol de cooperare* între practicienii din cadrul grupului, supus aprobării judecătorului sindic (art. 189 Codul insolvenței).

Colaborarea între participanții la procedurile de insolvență ale membrilor grupului este întărită prin acordarea de drepturi practicienilor în insolvență care transcend administrarea procedurilor proprii. Astfel, administratorii judiciari desemnați în procedurile de insolvență vor putea participa la adunările creditorilor și ale comitetelor creditorilor ale oricăruia dintre membrii grupului și au calitate pentru a propune un plan de reorganizare în cadrul procedurilor celorlalți membri.

La nivelul creditorilor, *comitetele creditorilor* ale fiecărui membru al grupului supus procedurii insolvenței se întâlnesc cel puțin trimestrial în vederea formulării de recomandări cu privire la activitatea debitorilor și la planurile de reorganizare propuse.

La nivelul debitorilor, adunările generale ale asociaților membrilor grupului pot desemna același *administrator special* pentru fiecare membru al grupului.

Secțiunea a 3-a. Deschiderea procedurilor și alte reguli speciale

920. Măsuri speciale. Deschiderea procedurilor de insolvență în privința membrilor unui grup urmează regulile generale ale insolvenței aplicabile pentru creditori și debitori. Specificitatea grupului constă în cererea de deschidere de procedură comună făcută în privința mai multor membri ai grupului. Astfel, doi sau mai mulți *debitori*, membri ai unui grup, aflați în stare de insolvență, pot sesiza instanța cu o cerere comună de deschidere a procedurii insolvenței.

În mod similar un *creditor* a doi sau mai multor membri ai unui grup, în condițiile îndeplinirii cerințelor pentru deschiderea procedurii, poate introduce o cerere comună de deschidere a procedurii insolvenței împotriva acestora.

Obligațiile de depunere de documente ale debitorului sunt completate în materia grupurilor cu câteva cerințe specifice: lista tuturor membrilor grupului, descrierea modului de coordonare a activității grupului, lista contractelor încheiate între membrii grupului, aflate în derulare (art. 194 Codul insolvenței).

Deschiderea în sine a procedurii insolvenței și tipul de procedură incident (generală sau simplificată) va urma regulile generale aplicabile fiecărui membru al grupului de societăți.

În această materie derogarea semnificativă de semnalat este aceea de *subscriere la o cerere comună de deschidere a procedurii insolvenței*. Astfel, un membru al grupului care nu îndeplinește cerințele de deschidere a procedurii (stare de insolvență sau insolvență iminentă) poate fi totuși supus procedurii la cererea sa, sub condiția aprobării inițiativei de către adunarea generală a asociaților societății (art. 196 Codul insolvenței).

921. Măsuri procedurale. Acțiunea în anularea actelor juridice anterioare deschiderii procedurii cunoaște delimitări speciale în materia grupurilor de societăți. În cazul unei asemenea acțiuni care privește acte juridice încheiate între membrii grupului, administratorul judiciar va comunica intenția sa celorlalți administratori judiciari și practicianului coordonator. Aceștia vor analiza împreună efectele acțiunii în anulare, decizia cu privire la introducerea acțiunii urmând a fi luată pe *considerente de oportunitate*, cu aprobarea comitetelor creditorilor (art. 198 Codul insolvenței).

Planurile de reorganizare propuse pentru membrii grupului în insolvență trebuie să fie compatibile și coordonate prin eforturile comune ale administratorilor judiciari care capătă dreptul de a propune un asemenea plan pentru orice societate din grup aflată în insolvență.

Poziția creanțelor din interiorul grupului este una dezavantajoasă, respectiv creanțele membrilor grupului împotriva altui membru al grupului, născute înainte de data deschiderii procedurii, au poziția creanțelor subordonate [art. 161 pct. 10 lit. a) Codul insolvenței]. O asemenea retrogradare va inhiba probabil declararea voluntară de către debitori a relațiilor de grup. Membrii grupului care au și calitatea de creditori se află

într-o poziție inferioară celorlalți creditori sociali. Totuși activitățile de finanțare a unei societăți în insolvență de către un alt membru al grupului se bucură de o protecție corespunzătoare. Dacă un membru al grupului încheie un contract de împrumut cu alt membru al grupului după data deschiderii procedurii insolvenței, în perioada de observație sau în vederea susținerii planului de reorganizare, acesta va deține împotriva averii împrumutatului o creanță cu ordinea de prioritate conferită oricărui alt terț finanțator [art. 161 alin. (4) Codul insolvenței].

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul X
Proceduri speciale de insolvență. Falimentul instituțiilor de credit

922. Introducere. Codul insolvenței își asumă reglementarea unitară a insolvenței pentru domenii societare speciale, așa cum este cel reprezentat de instituțiile de credit. Vom prezenta abordarea propusă domeniului de către Codul insolvenței, cu observarea situației acestuia (O.U.G. nr. 91/2013 a fost supusă controlului de constituționalitate pe calea excepțiilor ridicate de Avocatul Poporului și constatată ca neconstituțională). Soluțiile normative ale Codului insolvenței sunt unele care merită o scrutare științifică. Codificarea se referă la administrarea falimentului, cu excluderea procedurilor de prevenire a insolvenței care rămân supuse legislației speciale. Reglementarea instituțiilor de credit cunoaște un regim special față de cadrul societar general[1]. Suprapus și derivând din acest regim special se află nivelul reglementărilor administrativ-normative emise de autoritatea administrativă a pieței, Banca Națională a României[2]. Conform statului propriu aceasta este o instituție publică, cu personalitate juridică care are, printre alte atribuții, supravegherea și reglementarea comerțului bancar. Existența acestei instituții administrative în domeniul instituțiilor de credit face ca procedurile de insolvență să mai adauge o tutelă administrativă procedurii judiciare.

923. Proceduri aplicate instituțiilor de credit în dificultate. Reglementările prevenirii insolvenței și ale sprijinirii instituției de credit pentru *redresare financiară* rămân supuse legislației speciale și supravegherii exclusive a B.N.R., fiind excluse Codului insolvenței. Astfel, B.N.R., pe lângă supravegherea continuă pe care o realizează asupra instituțiilor de credit poate institui și o *supraveghere specială* având ca temei constatarea unei situații financiare precare a instituției de credit (art. 237 din O.U.G. nr. 99/2006). O astfel de procedură reprezintă un proces de prevenire a insolvenței.

Dacă această măsură, sub care instituția de credit își păstrează dreptul propriu de administrare, nu se dovedește suficientă, B.N.R. poate institui *administrarea specială*, aprobând un *plan de acțiune* în privința instituției de credit. Administrarea specială poate deriva dintr-o criză de lichidități proprie insolvenței sau din lipsa de conformare legală a băncii sau a reprezentanților săi. Prima ipoteză a administrării speciale, care interesează insolvența, este impusă de B.N.R. dacă supravegherea specială nu a dat rezultate într-o perioadă de până la 3 luni, dacă se constată sau este previzibilă o deteriorare semnificativă a indicatorilor prudențiali și de performanță financiară, dacă insti-

---

[1] O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare

[2] Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României (M.Of. nr. 582 din 30 iunie 2004).

tuția de credit înregistrează o criză de lichiditate care e de natură să pericliteze interesele deponenților săi sau ale altor creditori (art. 240 din O.U.G. nr. 99/2006).

Această procedură ridică dreptul de administrare al instituției de credit, mandatul membrilor organelor de administrare colegiale ale băncii încetând de drept odată cu numirea de către B.N.R. a administratorului special, acesta preluând integral atribuțiile de administrare și de conducere a instituției de credit.

Procedura administrării speciale, care scapă reglementării Codului insolvenței, se află sub controlul total al B.N.R., fără autorizarea instanțelor de insolvență. Ea suplinește rolul unei proceduri de reorganizare a instituțiilor de credit. Ratarea unei asemenea proceduri de redresare administrativă pune instituția de credit în faza unei etape terminale: retragerea autorizației administrative de funcționare și falimentul. Specific insolvenței instituției de credit este faptul că deschiderea procedurii reprezintă de fapt *deschiderea falimentului*. Insolvența instituțiilor de credit este exclusiv o procedură a falimentului. Lipsa etapei reorganizării judiciare și funcționării pe bază de plan în vederea redresării controlate a debitorului este perfect justificată de parcurgerea acestei etape sub controlul administrativ strict al B.N.R.

Secțiunea 1. Participanții la procedura falimentului

924. Falimentul bancar. Participanții. Codul insolvenței reprezintă dreptul comun pentru falimentul instituțiilor de credit, strict în privința etapei falimentului și lichidării, singura aplicabilă acestora. În mod special față de această reglementare generală, Codul insolvenței consacră un capitol special materiei care înlocuiește legea falimentului instituțiilor de credit[1].

Sfera participanților la procedura falimentului instituțiilor de credit trebuie lărgită prin includerea autorității administrative, a B.N.R., cu atribuții și în acest domeniu. În privința restului participanților, are loc o lărgire a atribuțiilor conferite de partea generală a reglementării insolvenței.

Judecătorul sindic capătă atribuții suplimentare în vederea judecării contestației instituției de credit debitoare împotriva cererii introductive formulate de Banca Națională a României pentru deschiderea procedurii și judecarea contestațiilor formulate de *reprezentantul acționarilor instituției de credit* debitoare sau de creditori împotriva măsurilor luate de lichidatorul judiciar. Materia falimentului bancar nu poate utiliza instituția administratorului special întru-cât aceasta este rezervată prin legislația bancară pentru procedura specială a administrării speciale.

Lichidatorul judiciar, practician în insolvență, cunoaște o limitare în materie prin obligativitatea obținerii *avizului prealabil* al B.N.R. În lipsa unor oferte depuse la dosar, judecătorul sindic desemnează un lichidator judiciar din rândul practicienilor în insolvență agreați de Banca Națională a României. Avizului prealabil al B.N.R. este obligatoriu și pentru practicienii în insolvență propuși spre desemnare de către adunarea creditorilor sau creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor.

[1] O.G. nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit (M.Of. nr. 84 din 30 ianuarie 2004), cu modificările ulterioare. Actul normativ este propus spre abrogare de Codul insolvenței.

Activitatea lichidatorului cuprinde toate operațiunile necesare identificării, conservării și lichidării bunurilor instituției de credit. Acesta va deschide la o altă instituție de credit două conturi, unul în lei și altul în valută, cu denumirea *„cont tip instituție de credit în faliment"*, în vederea administrării procedurii falimentului, conturi comunicate Băncii Naționale a României. În realizarea mandatului său lichidatorul va proceda la inventarierea și conservarea bunurilor instituției de credit debitoare, angajarea personalului necesar în vederea lichidării și conducerea activității acestuia, coordonarea efectivă a activității instituției de credit debitoare prin efectuarea de operațiuni financiare, reducerea personalului angajat odată cu restrângerea activității, menținerea, rezilierea sau denunțarea unor contracte încheiate de instituția de credit debitoare, reprezentarea instituției de credit debitoare în activitatea comercială și orice proceduri legale, inițierea acțiunilor pentru anularea transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de instituția de credit debitoare în dauna intereselor creditorilor, prin acte încheiate în anul anterior deschiderii procedurii, cu persoane aflate într-o legătură specială cu instituția de credit debitoare[1], luarea măsurilor pentru lichidarea conturilor în valută ale instituției de credit debitoare deschise la instituții de credit corespondente, în general lichidarea bunurilor din averea instituției de credit debitoare (art. 209 Codul insolvenței).

O altă dimensiune a activității lichidatorului este reprezentată de cerințele de raportare. Lichidatorul întocmește *rapoarte lunare* privind starea procedurii falimentului în care consemnează informații referitoare la valoarea totală a creanțelor asupra instituției de credit debitoare, valoarea activelor valorificate, sumele obținute din lichidarea și încasarea de creanțe, planul de distribuire între creditori, la cheltuielile efectuate. Raportul este comunicat B.N.R., depus la dosarul cauzei și publicat în extras în Buletinul procedurilor de insolvență. Conform atribuțiilor de drept comun lichidatorul întocmește situațiile financiare anuale și situațiile financiare finale de lichidare ale instituției de credit.

În rândul *creditorilor* un loc aparte îl ocupă *Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar* (FGDB). Prin mecanismul legal de garantare a deponenților eligibili, în limita plafonului de garantare, Fondul se subrogă în drepturile acestora și preia creanțele lor asupra instituției de credit. FGDB va face parte în mod obligatoriu din *comitetul creditorilor*.

În privința *adunării creditorilor* Codul insolvenței mai adaugă câteva atribuții speciale: aprobarea modalității de lichidare a bunurilor și drepturilor din patrimoniul băncii debitoare și a tranzacțiilor privind activele și pasivele instituției de credit.

Banca Națională a României păstrează un rol activ în procedura falimentului bancar. Ceilalți participanți la procedură, judecătorul sindic și lichidatorul judiciar, pot cere punctul de vedere al B.N.R., în calitate de autoritate de supraveghere în domeniu, cu privire la aspecte de natură prudențială. Din proprie inițiativă B.N.R. e în drept să trimită judecătorului sindic și lichidatorului judiciar punctul său de vedere sau informațiile pe care le consideră relevante. În mod corelativ, B.N.R. are dreptul să

[1] Aceste persoane sunt identificate prin O.G. nr. 39/1996, privind înființarea și funcționarea Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Anexa, pct. 8-11 (*Lista depozitelor negarantate*).

solicite lichidatorul judiciar orice informații sau documente cu privire la instituția de credit sau la procedura de lichidare.

Secțiunea a 2-a. Deschiderea și desfășurarea procedurii

925. Insolvența bancară. Falimentul bancar are același punct de plecare ca și procedura insolvenței, hotărârea judecătorească privind deschiderea procedurii falimentului la cererea întemeiată a persoanei îndreptățite. Premisa procedurii este importantă fiindcă, la fel ca și în domeniul societar, lichidarea instituției de credit poate avea ca act generator actul voluntar al acționarilor sau retragerea administrativă de funcționare (B.N.R.). În aceste cazuri lichidarea se va face conform legii privind instituțiile de credit și legislația societară, nu în condițiile falimentului bancar.

Falimentul bancar, fiind o procedură ireversibilă, fără apelarea la faza de observație și eventual reorganizare judiciară, atrage, odată cu deschiderea procedurii, încetarea de plin drept a drepturilor și atribuțiilor adunării generale a acționarilor, ale consiliului de administrație și ale conducerii executive a instituției de credit.

Persoanele abilitate să adreseze instanței cereri pentru deschiderea procedurii sunt instituția de credit debitoare, creditorii acesteia sau Banca Națională a României. În toate cazurile B.N.R. are un rol hotărâtor în deschiderea procedurii falimentului bancar.

Insolvența instituției de credit are o delimitare mai acoperitoare decât insolvența în general. Pe lângă imposibilitatea de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile băneşti, instituția de credit este considerată în insolvență și în cazul scăderii sub 2% a indicatorului său de solvabilitate conform reglementărilor bancare și în cazul retragerii autorizației de funcționare a instituției de credit ca urmare a imposibilității de redresare financiară (art. 5 pct. 30 Codul insolvenței).

926. Cererea instituției de credit debitoare. Cererea instituției de credit debitoare este condiționată de *aprobarea prealabilă* a Băncii Naționale a României.

Banca Națională a României este autoritatea chemată să se pronunțe în mod preliminar în privința stării de insolvență a instituției de credit astfel încât aceasta poate respinge solicitarea instituției de credit debitoare, dacă apreciază că aceasta nu se află în stare de insolvență.

B.N.R. este îndreptățită să instituie *administrarea specială* a debitoarei conform legii privind instituțiile de credit, singura modalitate de sprijinire și restructurare a debitorului în dificultate în domeniul bancar. Hotărârea B.N.R. de aprobare sau de respingere a solicitării are regimul unui act administrativ care poate fi contestat în condițiile legii speciale.

Instituția de credit debitoare aflată în stare de insolvență este obligată să solicite deschiderea procedurii, în condițiile reglementărilor comune de insolvență, în termen de maximum 30 de zile de la data la care a intervenit starea de insolvență, dar în prealabil este ținută să solicite Băncii Naționale a României, în termen de maximum 10 zile de la data la care a intervenit starea de insolvență, aprobarea pentru introducerea cererii de deschidere a procedurii falimentului. Subsecvent primirii aprobării prealabile de la B.N.R., instituția de credit debitoare este obligată să adreseze tribunalului cererea deschiderea falimentului.

927. Cererea creditorilor. În condițiile generale ale reglementării insolvenței orice creditor care are o creanță certă, lichidă și exigibilă împotriva unei instituții de credit debitoare care nu a achitat-o integral (materia specială impune un termen mai mic, de cel puțin 30 de zile lucrătoare de la scadență, în cazul caselor centrale ale cooperativelor de credit, inclusiv în cazul cooperativelor de credit afiliate la acestea, respectiv o perioadă de cel puțin 7 zile lucrătoare de la scadență, în cazul celorlalte instituții de credit) poate introduce la tribunal o cerere de deschidere a procedurii falimentului. Cerințele privind creanța și *calitatea de creditor îndreptățit la deschiderea procedurii* sunt comune materiei generale (valoarea-prag minimă, compensarea creanțelor).

Și pentru creditori operează cerința obligatorie a obținerii *aprobării prealabile* a B.N.R. cererii de deschidere a procedurii falimentului. B.N.R. se pronunță asupra solicitării creditorului în termen de 10 zile de la data primirii acesteia, prin hotărâre supusă cenzurii judiciare.

928. Cererea Băncii Naționale a României. B.N.R., în calitate de autoritate administrativă de supraveghere, are conferit dreptul de a formula cerere pentru deschiderea procedurii falimentului împotriva instituției de credit, în situația în care este incidentă *insolvența instituției de credit.*

Cererea B.N.R. va conține și hotărârea Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României de retragere a autorizației instituției de credit. B.N.R. va desemna și un *administrator interimar* (îi va stabili și remunerația) la data depunerii cererii sale sau la data înștiințării asupra depunerii cererii de către celelalte părți, care va prelua administrarea curentă a debitoarei până la numirea lichidatorului judiciar.

929. Efectele speciale ale cererilor de deschidere a procedurii. Atribuțiile consiliului de administrație al instituției de credit debitoare se suspendă de plin drept la data numirii administratorului interimar. După preluarea mandatului de către lichidatorul judiciar mandatul acestuia încetează de drept. Rolul administratorului interimar este de a lua măsurile necesare pentru a împiedica înrăutățirea situației financiare a instituției de credit.

De la data depunerii cererii de către un creditor sau de către instituția de credit debitoare, are loc o restrângere a autorizația de funcționare a instituției de credit la măsuri de conservare operațiuni curente. Comerțul bancar obișnuit, crearea de noi depozite și acordarea de noi credite, îi este interzis administratorului interimar al instituției de credit.

La data numirii lichidatorului judiciar, atribuțiile administratorului interimar încetează fiind preluate, în condițiile procedurii falimentului, de către lichidatorul judiciar.

930. Deschiderea procedurii falimentului. Termenul pentru contestarea cererii de deschidere a procedurii falimentului este de 10 zile de la data comunicării cu privire la depunerea acestei cereri. După soluționarea acestora sau în lipsa lor, instanță va pronunța *hotărârea privind deschiderea procedurii falimentului.* Aceasta va fi comunicată B.N.R., creditorilor, lichidatorului judiciar, Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar (FGDB), oficiului registrului comerțului la care instituția de credit debitoare este înregistrată și va fi publicată în două ziare de circulație națională. Instituția de credit va folosi în continuare mențiunea de „instituție de credit în faliment".

După deschiderea procedurii falimentului persoanele care au deținut funcții de conducere și acționarii semnificativi ai instituției de credit debitoare nu mai pot să înstrăineze, fără acordul judecătorului sindic, acțiunile deținute la instituția de credit debitoare, sub sancțiunea nulității (art. 222 Codul insolvenței).

931. Rapoartele lichidatorilor. Lichidatorul judiciar numit să administreze falimentul întocmește un *raport* care trebuie să prezinte propuneri privind modalitatea de lichidare a averii instituției de credit debitoare. Modalitățile de lichidare a bunurilor și drepturilor din patrimoniul instituției de credit sunt: tranzacții privind transferul activului și pasivului debitoarei, vânzarea de bunuri (clădiri, terenuri, valori mobiliare, operațiuni de lichidare) sau alte operațiuni de valorificare (cesiuni de creanță ori novații) realizate în interesul procedurii falimentului, la o valoare negociată.

Secțiunea a 3-a. Metode specifice de lichidare și distribuire în procedura falimentului

932. Transferul activelor și pasivului către o altă instituție de credit. Reglementarea falimentului bancar are ca specific reglementarea *tranzacțiilor privind cumpărarea de active și asumarea de pasive* ca metodă de lichidare a instituției de credit. Astfel de tranzacții urmăresc de fapt preluarea întregii afaceri bancare, sau a unei părți viabile din ea, de către o instituție similară, o instituție de credit. Aceasta este o metodă preferată de lichidare fiindcă asigură continuitate în activitatea bancară și preluarea integrală a depozitelor de către altă unitate bancară. Conform definirii legale tranzacțiile privind cumpărarea de active și asumarea de pasive reprezintă o modalitate de lichidare prin care o altă instituție de credit achiziționează, parțial sau total, activele instituției de credit debitoare și își asumă, parțial sau total, pasivul acesteia, incluzând totalitatea depozitelor garantate (art. 226 Codul insolvenței). Instituția de credit cumpărătoare trebuie să aibă o poziție financiară bună, iar întreaga operațiune se desfășoară sub supravegherea și aprobarea B.N.R.

Reglementarea legală acordă atenție sporită acestei metode de lichidare. Lichidatorul judiciar poate iniția propunerea privind modalitatea de lichidare prin tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive doar după consultarea B.N.R. și aprobarea de către adunarea creditorilor a modalității de lichidare.

Reglementarea prevede modalitatea de negociere a transferului prin organizarea de către lichidatorul judiciar a unei *ședințe de informare* cu instituțiile de credit eligibile. Aceste instituții de credit sunt selectate de B.N.R., în calitate de autoritate de supraveghere a pieței, după evaluarea situației lor financiare. Ședința de informare se desfășoară în condiții de confidențialitate asumate contractual de participanți. Lichidatorul judiciar redactează o *cerere de ofertă* privind cumpărarea de active și asumarea de pasive, pentru instituțiile de credit interesate, care cuprinde informațiile relevante privind activele și pasivele ce urmează a face obiectul tranzacției și volumul acestora, încadrate în funcție de gradul de lichiditate și exigibilitate, valoarea de lichidare pentru fiecare categorie de active, condițiile financiare și termenul de înaintare către lichidatorul judiciar a ofertelor instituțiilor de credit respective (art. 227 Codul insolvenței).

În funcție de *ofertele* primite de la instituțiile de credit eligibile, cu aprobarea B.N.R., lichidatorul poate să încheie tranzacția cu instituția de credit selectată. Preluarea pasivului poate fi una selectivă, respectiv numai depozite garantate, ori depozitele în totalitate, atât garantate, cât și negarantate, până la preluarea în întregime a instituției de credit declarate în stare de faliment.

Dacă această metodă preferată de lichidare, prin preluare în interiorul breslei bancare, nu reușește, din lipsă de oferte dau din lipsa aprobării B.N.R. pentru ofertele primite, lichidarea urmează metodele proprii oricărui faliment: vânzarea bunurilor, în bloc sau individual.

933. Distribuirea fondurilor. Reglementarea falimentului cunoaște o ordine de preferință proprie a creanțelor asupra averii instituției de credit debitoare. Astfel, creanțele vor fi plătite în următoarea ordine: 1. taxele și orice alte cheltuieli aferente procedurii falimentului (incluzând aici cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea instituției de credit debitoare și plata onorariilor lichidatorului judiciar și ale persoanelor angajate de acesta); 2. creanțele rezultate din depozitele garantate, inclusiv cele ale Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar (FGDB) rezultate din subrogarea în drepturile deponenților și creanțele izvorâte din raporturi de muncă pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii; 3. creanțele rezultând din activitatea debitorului după deschiderea procedurii; 4. creanțele bugetare (impozite, taxe, contribuții datorate bugetului consolidat al statului, creanțele B.N.R. decurgând din credite acordate de aceasta instituției de credit; 5. creanțele ordinare; 6. Creanțele izvorând din acte cu titlu gratuit; 7. creanțele izvorâte din împrumuturi cu clauză de subordonare (în caz de lichidare sau faliment al instituției de credit aceste creanțe urmează să fie plătite după creanțele tuturor creditorilor chirografari nesubordonați și, după caz, ale altor creditori chirografari subordonați); 8. creanțele acționarilor instituției de credit în faliment sau ale membrilor cooperatori ai cooperativelor de credit afiliate casei centrale a cooperativelor de credit în faliment (art. 234 Codul insolvenței).

Secțiunea a 4-a. Răspunderea membrilor organelor colegiale, personalului de execuție sau cu atribuții de control din instituția de credit aflată în faliment. Închiderea procedurii

934. Răspunderea pentru falimentul instituției de credit. Lichidatorului judiciar, în raportul său privind cauzele falimentului, poate identifica persoane cărora le poate fi imputabilă apariția stării de insolvență a debitorului. La cererea acestuia, judecătorul sindic poate dispune ca o parte sau întregul pasiv neplătit al debitorului ajuns în faliment să fie suportat de aceste persoane. Sfera lor este mai bine definită de normele speciale și include membrii organelor de conducere, nivelul funcțiilor executive superioare (directori, manageri, coordonatori de direcții, departamente sau alte structuri asemănătoare, cu atribuții de control intern), cenzorii sau auditorii instituției de credit care au deținut funcțiile în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii. Legătura de cauzalitate cu starea de faliment este păstrată de reglementare, respectiv ei trebuie să fi contribuit la instalarea stării de insolvență. Faptele ilicite sunt completate față de materia comună a insolvenței (unde am văzut că sunt practic nelimitate) cu fapte specifice

comerțului bancar: acordarea de credite cu încălcarea cerințelor prudențiale și a normelor interne în vigoare, întocmirea de situații financiare sau raportări cu nerespectarea prevederilor legale, nerespectarea atribuțiilor de serviciu privind verificările și controlul intern care nu a sesizat faptele de fraudă și gestiune defectuoasă a patrimoniului (art. 235 Codul insolvenței).

Angajarea răspunderii persoanelor responsabile poate fi inițiată de lichidatorul judiciar, dar și de un acționar al instituției de credit, creditori sau de B.N.R.

935. Închiderea procedurii. Judecătorul sindic dispune prin hotărâre închiderea procedurii falimentului odată cu aprobarea *raportului final* al lichidatorului. Această fază este subsecventă solicitării lichidatorului judiciar, după ce toate bunurile instituției de credit în faliment au fost distribuite. Fondurile nereclamate de către cei îndreptățiți trebuie depuse de lichidatorul judiciar la Trezoreria Statului, în termen de 90 de zile de la data raportului final, iar extrasul de cont este înaintat judecătorului sindic.

Hotărârea de închidere a procedurii este comunicată tuturor părților implicate și publicată în cel puțin două ziare de circulație națională. Documentele instituției de credit debitoare sunt arhivate prin grija lichidatorului judiciar.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul XI
Proceduri speciale de insolvență. Falimentul societăților de asigurare și reasigurare

936. Domeniul de reglementare. După înglobarea normelor privind falimentul instituțiilor de credit, Codul insolvenței își îndreaptă atenția spre domeniul asigurărilor[1]. Regula instituită este cea a incidenței în privința societăților de asigurare și reasigurare a prevederilor generale ale insolvenței la care se adaugă derogările concentrate, și ele, în titlul corespunzător din materia specială a Codului insolvenței.

Societățile de asigurare și reasigurare au o reglementare specială față de legea societară, atât în privința constituirii și funcționării[2], cât și în privința procedurilor de redresare financiară și sprijinire a societăților în dificultate financiară[3]. Ca și în comerțul bancar, domeniul asigurărilor are reglementată o autoritate administrativă autonomă cu competențe în supravegherea și reglementarea activității de asigurări, Autoritatea de Supraveghere Financiară (A.S.F.). Aceasta are atribuții atât în privința autorizării funcționării societăților din domeniu, cât și în privința insolvenței acestora.

Redresarea financiară și sprijinirea societăților în dificultate financiară rămâne în afara domeniului reglementat de Codul insolvenței, așa cum se întâmplă și în domeniul bancar, Codul asumându-și strict materia *falimentului societăților de asigurare și reasigurare*. Cum domeniul asigurărilor cunoștea un singur izvor juridic atât pentru redresarea, cât și pentru falimentul societăților de asigurare, acesta este propus spre abrogare doar în parte, în privința falimentului, pentru unificarea materiei speciale prin Codul insolvenței[4].

Domeniul asigurărilor repetă obsesiv referirea de *societățile de asigurare sau reasigurare*. În vederea simplificării prezentării, vor considera referirea la formele societare de reasigurare ca fiind subînțeleasă mai departe, în prezentare.

Falimentul societăților de asigurare este atras de deschiderea procedurii, în condițiile insolvenței societății de asigurare. Falimentul nu poate fi străin de deschiderea procedurii în condiții de constatare a acestei stări, definită de partea generală a Codului insolvenței: insuficiența fondurilor pentru acoperirea datoriilor certe, lichide și exigibile. În domeniul special al asigurărilor insolvența capătă o exprimare specifică.

---

[1] Vom prezenta abordarea propusă domeniului de către Codul insolvenței, cu observarea situației acestuia (O.U.G. nr. 91/2013 a fost supusă controlului de constituționalitate pe calea excepțiilor ridicate de Avocatul Poporului și constatată ca neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale din 29.10.2013). Soluțiile normative ale Codului insolvenței sunt unele care merită o scrutare științifică.

[2] Legea nr. 32/2000 privind activitatea de asigurare și supravegherea asigurărilor, cu modificările și completările ulterioare.

[3] Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări, republicată (M.Of. nr. 260 din 9 mai 2013).

[4] Codul insolvenței propune spre abrogare Capitolul III și IV din Legea nr. 503/2004.

Insolvența societății de asigurare este starea societății caracterizată prin incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești sau prin scăderea valorii *marjei de solvabilitate* disponibile sub jumătate din limita minimă prevăzută de reglementările legale pentru fondul de siguranță sau prin eșecul restabilirii situației financiare a societății de asigurare în cadrul procedurii de redresare financiară (art. 5 pct. 31 Codul insolvenței).

Secțiunea 1. Participanții

937. Dispoziții speciale privind falimentul societăților de asigurare. Procedura falimentului societăților de asigurare urmărește normele generale ale insolvenței cu adaosul ținând de activitatea de asigurări și supravegherea administrativă a A.S.F. Participanții la procedură de drept comun cunosc alăturarea autorității administrative de supraveghere, A.S.F.

Judecătorul sindic are competențele din materia insolvenței la care se adaugă unele particulare: notificarea Fondului de garantare și a A.S.F.[1] cu privire la înregistrarea cererilor introductive; judecarea contestației asigurătorului împotriva cererii introductive formulate de A.S.F., de creditori; judecarea cererilor A.S.F. privind nulitatea sau anularea unor acte frauduloase, prejudiciabile intereselor și drepturilor creditorilor de asigurări, anterioare deschiderii procedurii de faliment; judecarea cererilor de compensare a creanțelor, formulate de societatea de asigurare cu avizul A.S.F.; judecarea contestațiilor formulate de A.S.F., de societatea de asigurare debitoare, de creditori sau de oricare persoană interesată împotriva măsurilor dispuse de lichidatorul judiciar; judecarea cererilor de angajare a răspunderii speciale pentru starea de faliment a societății debitoare (art. 257 Codul insolvenței).

Instanța competență este reprezentată de tribunalul în a cărui rază teritorială se află sediul principal al societății de asigurare debitoare, așa cum figurează în evidențele oficiului registrului comerțului.

938. Lichidatorul judiciar. Lichidatorul judiciar va fi desemnat doar după *avizarea prealabilă* a acestuia de către A.S.F., Sectorul Asigurări. În lipsă de oferte sau de avizare legală, judecătorul sindic desemnează un lichidator judiciar din rândul practicienilor în insolvență agreați de A.S.F. Lichidatorul judiciar își păstrează rolul general din procedura insolvenței de administrator al procedurii, cu atribuții limitate doar de competențele judecătorului sindic și ale adunării creditorilor. Reglementarea falimentului societăților de asigurări ține să enumere cât mai multe dintre competențele speciale ale acestuia incidente în materia asigurărilor: verificarea creanțelor *Fondului de garantare*; menținerea sau denunțarea unor contracte încheiate de societatea de asigurare debitoare; conducerea activității curente a societății de asigurare, inclusiv recuperarea

[1] În domeniul asigurărilor Fondul de garantare nu este organizat ca o persoană juridică distinctă – precum în domeniul bancar sau în domeniul pieței de capital. Fondul de garantare, organizat conform Legii nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România, cu modificările si completările ulterioare, era un departament în cadrul Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor, în prezent Departamentul Fond de Garantare din cadrul A.S.F. În concluzie, notificarea este de fapt tot către A.S.F.

primelor de asigurare restante, aferente contractelor de asigurare; încheierea acordurilor de plată a creanțelor de asigurări, cu avizul A.S.F. și confirmarea judecătorului sindic; angajarea personalului necesar în vederea lichidării și conducerea activității societății; încasarea creanțelor societății și reprezentarea societății în acțiunile judiciare pentru încasarea creanțelor societății (art. 258 Codul insolvenței).

Lichidatorului îi incumbă obligația de *notificare* a pronunțării hotărârii de intrare în procedura falimentului a societății de asigurare debitoare tuturor părților interesate, dar, în special Fondului de garantare și oficiului registrului comerțului unde este înregistrată societatea de asigurare debitoare, pentru consemnarea mențiunii „societate de asigurare/reasigurare în faliment". Comunicarea se publică în cel puțin două ziare de circulație națională și în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a. Dacă societatea de asigurare debitoare are deschise sucursale sau filiale în alte țări, A.S.F. transmite autorității de supraveghere din țările respective hotărârea privind deschiderea procedurii de faliment.

Lichidatorul judiciar păstrează obligații de raportare în privința activității lui. El este ținut de analiza activității societății de asigurare debitoare și întocmirea unui *raport privind cauzele* care au general starea de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le poate fi imputată intrarea în faliment a societății. Raportul întocmit este înaintat judecătorului sindic, în cel mult 40 de zile de la data desemnării sale. Mai departe, lichidatorului îi incumbă întocmirea unui *raport lunar* asupra evoluției procedurii de faliment, remis judecătorului sindic și publicat în BPI.

Acțiunile în privința *anulării actelor în fraudă creditorilor* exercitate de lichidator privesc actele frauduloase, încheiate de societatea de asigurare în dauna drepturilor creditorilor de asigurări în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii.

Lichidatorul este în drept să exercite acțiuni pentru *anularea transferurilor de drepturi patrimoniale* către terți și restituirea bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, efectuate de către societatea de asigurare prin: acte de transfer cu titlu gratuit; acte încheiate cu un acționar ce deține cel puțin 5% din acțiunile societății de asigurare; acte încheiate cu un membru al organelor colegiale ale societății de asigurare; acte încheiate cu o persoană aflată în legătură strânsă cu societatea de asigurare (care deține o participație directă sau prin intermediul unei relații de control de cel puțin 20% din capitalul social ori din drepturile de vot ale societății de asigurare debitoare sau este legată de societatea de asigurare prin intermediul unei relații de control sau exercită atribuții de control asupra societății de asigurare debitoare) [art. 258 alin. (1) lit. i) Codul insolvenței].

Alt tip de acțiuni exercitate de lichidator privesc *anularea transferurilor de drepturi patrimoniale* către terți și restituirea de către aceștia a bunurilor transmise, executate de societatea de asigurare în dauna creditorilor de asigurări prin: acte încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția părților implicate de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii de asigurări; operațiuni comerciale în care prestația societății de asigurare debitoare o depășește în mod vădit pe cea primită, efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii; acte de transfer de proprietate către un creditor în folosul acestuia sau pentru stingerea unei datorii anterioare, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în cadrul procedurii este mai mică decât valoarea actului de transfer; constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară în cele 4 luni anterioare

deschiderii procedurii; acte de transfer cu titlu gratuit; acte încheiate de acționarii semnificativi cu societatea de asigurare în cadrul căreia dețin această calitate, în anul anterior începerii procedurii falimentului [art. 258 alin. (1) lit. i) Codul insolvenței].

Lichidatorului îi revine sarcina întocmirii *situațiilor financiare finale* de lichidare după cum este obligat să întocmească și situațiile financiare anuale.

Sarcina principală a lichidatorilor rămâne lichidarea bunurilor și valorificarea drepturilor din patrimoniul societății de asigurare. În cazul acestor societăți de asigurare operațiunea este condiționată de *avizul prealabil* al Autorității de Supraveghere Financiară, înștiințarea Fondului de garantare și aprobarea adunării creditorilor.

939. Autoritatea de Supraveghere Financiară. Autoritatea competentă a asigurărilor este A.S.F., Sectorul Asigurări. Comisia de Supraveghere a Asigurărilor a cedat atribuțiile sale acestei autorități noi cu competențe în piața de capital, piața asigurărilor și piața fondurilor private de pensii.

A.S.F. este un participant important al procedurii falimentului societății de asigurări cu competențe în deschiderea și avizarea operațiunilor importante din procedură.

940. Adunarea creditorilor, comitetul creditorilor, Fondul de garantare. O poziție aparte în procedura insolvenței societății de asigurare revine Fondului de garantare. Acesta este un creditor de asigurări cu o poziție privilegiată în procedură. Conform normelor specifice, de la data publicării deciziei prin care A.S.F. constată în mod administrativ existența stării de insolvență a societății de asigurare și imposibilitatea redresării, se naște dreptul creditorilor de asigurări de a solicita plata sumelor cuvenite de la Fondul de garantare.

Odată cu definitivarea hotărârii de deschidere a procedurii falimentului, Fondul de garantare efectuează plăți creditorilor de asigurări, subrogându-se în dreptul lor. Ca o consecință a achitării creanțelor de asigurări, Fondul devine creditorul principal al societății de asigurări, iar creditorii de asigurări, subsecvent plății realizate de Fond, devin străini de procedură, fără drept de înregistrare de cereri în cadrul procedurii falimentului societății de asigurare debitoare.

Secțiunea a 2-a. Deschiderea procedurii

941. Dispoziții speciale. Procedura falimentului societății de asigurare se deschide pe baza unei cereri introduse de A.S.F., de societatea de asigurare debitoare sau de creditorii acesteia.

Și în domeniul asigurărilor specificul este dat de atribuțiile autorității competente, A.S.F., care se întind de la debutul până la închiderea procedurii.

942. Cererea debitoarei. Societatea de asigurare debitoare aflată în stare de insolvență, stare special definită pentru acest domeniu, este obligată să sesizeze tribunalul cu o cerere de deschidere a procedurii falimentului. În acest caz, termenul de sesizare a tribunalului este de cel mult 20 de zile de la data apariției stării de insolvență.

Cererea debitorului de deschidere a procedurii nu este evaluată doar din perspectiva stării de insolvență a societății de asigurare. Debitoarea este obligată să înainteze

cererea şi A.S.F. pentru precizarea poziţiei acesteia faţă de cererea debitoarei. Specific domeniului asigurărilor, societatea debitoare ataşează cererii registrul special al activelor admise să acopere *rezervele tehnice*[1].

Cererea debitoarei este judecată împreună cu *întâmpinarea* A.S.F. Autoritatea comunică în acest mod dacă societatea de asigurare debitoare este supusă procedurii de redresare financiară reglementată în domeniu.

Judecătorul sindic pronunţă hotărârea de deschidere a procedurii falimentului dacă A.S.F. confirmă lipsa unei proceduri de redresare financiară a activităţii societăţii de asigurare, precum şi lipsa şanselor reale de salvare a societăţii într-o astfel de procedură de pre-insolvenţă.

943. Cererea creditorilor. Creditorii societăţii de asigurare debitoare sunt reprezentaţi de creditorii de asigurări, ale căror creanţe izvorăsc din activitatea de asigurare şi restul creditorilor societăţii. Specificul domeniului este acela că creditorii de asigurări sunt plătiţi din disponibilităţile Fondului de garantare, astfel încât ei devin străini de procedura falimentului. Restul creditorilor sunt îndreptăţiţi să formuleze o cerere de deschidere a procedurii falimentului în condiţiile generale ale procedurii insolvenţei (art. 247 Codul insolvenţei).

944. Cererea Autorităţii de Supraveghere Financiară. A.S.F. poate introduce o cerere privind deschiderea procedurii falimentului împotriva unei societăţi de asigurare debitoare, în condiţiile impuse de noţiunea *insolvenţei societăţii de asigurare/reasigurare* (art. 5 pct. 31 Codul insolvenţei). Cererea A.S.F. este însoţită şi de decizia privind retragerea *autorizaţiei de funcţionare* a societăţii de asigurare debitoare.

945. Efectele deschiderii procedurii. Cererile de deschidere a procedurii cunosc o fază de contestare după care, după soluţionarea lor, judecătorul sindic poate pronunţa o hotărâre de deschidere a procedurii falimentului.

Prin deschiderea procedurii acţionarii semnificativi ai societăţii de asigurare debitoare şi membrii organelor de conducere nu mai pot să înstrăineze acţiunile deţinute la societatea de asigurare debitoare decât cu avizul prealabil al A.S.F. şi aprobarea judecătorului sindic. Acţiunile societăţii sunt indisponibilizate în registrul acţionarilor.

Prin hotărârea de deschidere a procedurii falimentului, judecătorul sindic ridică *dreptul de administrare* al debitoarei prin reprezentanţii proprii.

Reglementarea specială reiterează şi efecte comune ale procedurilor de insolvenţă, respectiv hotărârea de deschidere a procedurii falimentului are ca efect *suspendarea de drept* a tuturor acţiunilor judiciare sau extrajudiciare şi a măsurilor de executare silită îndreptate împotriva societăţii de asigurare debitoare [art. 262 alin. (4) Codul insolvenţei].

946. Operaţiunile de lichidare. Lichidatorul judiciar întocmeşte *raportul* asupra debitoarei cu propunerile privind modalităţile de lichidare a bunurilor şi a drepturilor din patrimoniul debitoarei. Acestea pot privi transferuri de active şi pasiv către alte

[1] Conform Anexei nr. 2 la Legea nr. 32/2000, cu modificările şi completările ulterioare.

societăți de asigurare, vânzarea de bunuri (clădiri, terenuri, aparatură, valori mobiliare) sau alte metode de valorificare a activelor societății (cesiunile de creanță sau novațiile).

Tranzacția de cumpărare de active și asumare de pasive este operațiunea curentă în domeniu care urmărește preluarea, în parte sau în totalitate, de active și pasive ale debitoarei de către alte societăți de asigurare, cu o stabilitate financiară recunoscută. Odată aprobată această modalitate de către adunarea creditorilor, lichidatorul judiciar organizează o *ședință de informare* cu toate societățile de asigurare avizate de A.S.F. pentru solicitarea de oferte asupra preluării activelor și pasivului.

Lichidatorul judiciar redactează o *cerere de ofertă* privind cumpărarea de active și asumarea de pasive care cuprinde: categoriile de active și pasive, volumul acestora, încadrate în funcție de gradul de lichiditate și exigibilitate; valoarea de lichidare pentru fiecare categorie de active; cuprinsul registrului special al activelor admise să acopere rezervele tehnice; termenul de înaintare a ofertelor pentru tranzacția preconizată [art. 264 alin. (2) Codul insolvenței]. Lichidatorul judiciar va recepționa ofertele și va selecta oferta societății de asigurare câștigătoare.

947. Distribuirea rezultatului lichidării. Regulile cauzelor de preferință a creanțelor urmează dreptul comun al insolvenței. Un rol aparte îl au *creanțele de asigurări*. Acestea se bucură de *prioritate absolută* față de orice alte creanțe, în ceea ce privește activele admise să reprezinte rezervele tehnice ale societății de asigurare aflată în procedură de faliment (art. 267 Codul insolvenței).

Creanțele Fondului de garantare sunt creanțe de asigurări și se bucură de aceeași prioritate ca acestea, ca urmare a subrogării Fondului în drepturile creditorilor de asigurări ale căror sume cuvenite au fost achitate din disponibilitățile proprii.

Secțiunea a 3-a. Răspunderea organelor de conducere ale societății de asigurare. Încetarea procedurii

948. Dispoziții speciale. Pasivul societății de asigurare aflată în faliment, în tot sau în parte, poate fi suportat de către membrii organelor de conducere sau supraveghere din cadrul societății de asigurare debitoare sau de alte persoane care au contribuit la ajungerea în stare de insolvență. Faptele care pot atrage o asemenea răspundere sunt: efectuarea de activități în interes personal sub aparența societății de asigurare; continuarea unei activități care conducea în mod vădit societatea de asigurare la încetarea de plăți; folosirea activelor sau creditului societății de asigurare în folosul lor propriu; evidențierea unei contabilități fictive sau neconforme cu reglementările în vigoare; deturnarea sau ascunderea activului societății de asigurare sau mărirea fictivă a pasivul acesteia; folosirea de mijloace ruinătoare pentru a procura societății de asigurare fonduri, în scopul întârzierii falimentului; plata cu preferință a unor creditori, în dauna celorlalți creditori de asigurări, în cele 30 de zile premergătoare intervenirii stării de insolvență; întocmirea de situații financiare anuale ori raportări, cu încălcarea legii; neîndeplinirea măsurilor de redresare financiară impuse de A.S.F.; neîndeplinirea sarcinilor de verificare și control care nu au identificat faptele are au condus la fraude sau gestiune defectuoasă a patrimoniului societății (art. 268 Codul insolvenței).

Această răspundere specială este incidentă odată cu sesizarea judecătorului sindic, în vederea pronunțării hotărârii de obligare a persoanelor responsabile la plata parțială sau totală a pasivului societății de asigurare în insolvență, de către lichidatorul judiciar, creditorii de asigurări, de A.S.F. și de președintele comitetului creditorilor.

Executarea silită împotriva persoanelor responsabile se efectuează potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă.

949. Închiderea procedurii. Procedura falimentului se închide de judecătorul sindic, prin hotărâre, la cererea lichidatorului judiciar. Condițiile de pronunțare a hotărârii privesc: aprobarea *raportului final de lichidare*; distribuirea tuturor fondurilor sau bunurilor din averea societății de asigurare debitoare; creanțele creditorilor de asigurări au fost achitate, iar sumele cuvenite Fondului de garantare au fost recuperate de către acesta.

Hotărârea judecătorească de închidere a procedurii se notifică de către judecătorul sindic tuturor părților implicate (A.S.F., Fond garantare).

În orice stadiu al procedurii, judecătorul sindic poate pronunța o hotărâre de închidere a procedurii dacă se constată că nu există active în patrimoniul societății de asigurare debitoare ori că acestea nu sunt suficiente pentru acoperirea cheltuielilor procedurii.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul XII
Insolvența transfrontalieră

950. Introducere. Raporturile de drept internațional privat sunt raporturile juridice cu element de extraneitate[1] (art. 2557 C.civ.). În mod așteptat, raporturile de drept internațional privat din materia insolvenței sunt raporturile de drept privat cu *element de extraneitate* născute în legătură cu o procedură de insolvență. Codul insolvenței[2] preia în concluzie normele de drept internațional în materia insolvenței[3]. Odată fixat domeniul de reglementare trebuie punctate și excluderile. Normele conflictuale generale nu se aplică în cazul procedurilor de insolvență care privesc societăți din piața monetară, piața de capital și piața asigurărilor, adică instituții de credit (bănci, cooperative), societăți asigurare, societăți de servicii de investiții financiare, organisme de plasament colectiv în valori mobiliare, societăți de administrare a investițiilor. Pentru aceste societăți particulare, Titlul insolvenței transfrontaliere din Codul insolvenței consacră reguli speciale, în capitole separate.

Insolvența transfrontalieră reglementată de Codul insolvenței nu se întinde nici asupra conflictelor de legi din domeniul insolvenței reglementate deja de izvoarele normative europene[4].

În modul declarat, inclusiv la nivel constituțional, dacă există neconcordanță între dispozițiile Codului insolvenței și tratatele, convențiile sau acordurile internaționale la care România este parte, prevederile acestor acte internaționale se aplică cu prioritate (art. 275 Codul insolvenței).

951. Elementul de extraneitate în raport o procedură de insolvență. Codul insolvenței identifică elementul de extraneitate care se poate ivi într-o procedură de insolvență, element care atrage aplicarea soluțiilor normative privind insolvența transfrontalieră conținute de Cod.

---

[1] Elementul de extraneitate semnifică legătura cu mai multe sisteme de drept. A se vedea *I. Macovei*, Drept internațional privat, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 4.

[2] Vom prezenta abordarea propusă domeniului de către Codul insolvenței, cu observarea situației acestuia (O.U.G. nr. 91/2013 a fost supusă controlului de constituționalitate pe calea excepțiilor ridicate de Avocatul Poporului și constatată ca neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale din 29.10.2013). Soluțiile normative ale Codului insolvenței sunt unele care merită o scrutare științifică.

[3] Terenul normativ nu era gol, fiind ocupat înaintea Codului insolvenței de Legea nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței (M.Of. nr. 931 din 19 decembrie 2002), cu modificările și completările ulterioare, (propusă spre abrogare de Codul insolvenței).

[4] Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului privind procedurile de insolvență (JOCE L 160 din 30 iunie 2000).

Un element de extraneitate este dat de o *procedură străină de insolvență* în cazul în care este solicitată asistență în România de către o instanță străină sau de către un reprezentant străin.

Element de extraneitate există și în cazul unei *proceduri române de insolvență* în cazul în care este solicitată asistență într-un stat străin în legătură acesta. Extraneitate există și în cazul desfășurării concomitente a unei *proceduri române de insolvență și a unei proceduri străine de insolvență* privind membrii aceluiași grup de societăți.

Elementul de extraneitate este recunoscut și în cazul în care *creditorii străini* sunt interesați să solicite deschiderea în România a unei proceduri de insolvență, sub regimul Codului insolvenței, sau să participe în cadrul unei proceduri interne deschise.

Codul insolvenței explicitează termenii care atrag elementul de extraneitate. *Creditorul străin* este creditorul care are domiciliul sau sediul într-un stat străin. *Procedura străină* este procedura colectivă, publică, judiciară sau administrativă, care se desfășoară în conformitate cu legislația unui stat străin, prin care bunurile și activitatea debitorului sunt supuse controlului sau supravegherii unei instanțe străine, în scopul reorganizării sau lichidării activității acelui debitor (art. 5 pct. 49 Codul insolvenței). *Instanța străină* este autoritatea judecătorească competentă să deschidă și să supravegheze o procedură străină.

Reprezentantul român este practicianul în insolvență (administrator sau lichidator judiciar) din cadrul unei proceduri române de insolvență sau pre-insolvență conform Codul insolvenței (art. 5 pct. 55 Codul insolvenței).

În mod similar *reprezentantul străin* este persoana fizică sau juridică autorizată să administreze reorganizarea sau lichidarea bunurilor și a activității debitorului în cadrul unei proceduri străine.

Secțiunea 1. Recunoașterea unei proceduri de insolvență străine în România

952. Reguli de competență. Reglementarea raporturilor de drept internațional privat din domeniul insolvenței cunoaște și reguli de procedură, pentru determinarea instanțelor interne competente să aplice normele care țin de recunoașterea procedurilor străine și cooperarea cu instanțele străine.

Atribuțiile care țin de raporturile de drept internațional privat, în materia unei *proceduri străine de insolvență*, sunt de competența tribunalului, prin judecătorul sindic, precum și a reprezentantului român. Tribunalul competent este tribunalul unde debitorul își are sediul sau este considerat legal că are sediul. Astfel, se consideră că persoana juridică străină are sediul în România în cazul în care are pe teritoriul țării o entitate fără personalitate juridică (sucursală, agenție, reprezentanță). În cazul în care debitorul are, în această interpretare, mai multe sedii în România, competența revine oricăruia dintre tribunalele în circumscripția cărora se află sediile respective [art. 276 lit. a) Codul insolvenței].

Dacă debitorul nu are niciun sediu în România, competența aparține *tribunalului* în circumscripția căruia se află bunuri imobile aparținând debitorului, *tribunalului* în circumscripția căruia se păstrează registrul în care este înscrisă nava sau aeronava care face obiectul cererii, *tribunalului* în circumscripția căruia se află sediul societății

române la care debitorul deține valorile mobiliare care fac obiectul cererii, *Tribunalului București*, în cazul în care obiectul cererii îl constituie drepturi de proprietate intelectuală protejate în România, titluri de stat, bonuri de tezaur, obligațiuni de stat și municipale aparținând debitorului, *tribunalului* în circumscripția căruia se află domiciliul sau sediul persoanei asupra căreia poartă o creanță a debitorului, dacă obiectul cererii îl constituie astfel de drepturi de creanță.

Reprezentantul român este abilitat să acționeze într-un stat străin, ca reprezentant al procedurii deschise în România, în condițiile stabilite de legea străină aplicabilă.

953. Reguli privind incidența unei proceduri străine în România. Reprezentantul străin are calitate procesuală activă pentru a introduce o cerere de deschidere a procedurii insolvenței sub Codul insolvenței, dacă sunt respectate condițiile interne pentru deschiderea procedurii potrivit legii române.

Reprezentantul străin are calitate procesuală de a participa în cadrul unei proceduri deja deschise împotriva debitorului în România, doar după recunoașterea procedurii străine. În toate cazurile, acțiunile inițiate de reprezentantul străin în fața instanțelor românești în folosul propriei proceduri nu conduc la extinderea competenței instanțelor românești asupra bunurilor și a activității externe ale debitorului.

Dreptul instanțelor interne de a refuza recunoașterea unei proceduri străine sau executarea unei hotărâri judecătorești străine, adoptată în cadrul unei asemenea proceduri, nu poate fi unul discreționar. Acesta poate fi exercitat doar dacă hotărârea străină de deschidere a procedurii este rezultatul unei fraude sau dacă hotărârea încalcă dispozițiile de ordine publică de drept internațional privat român (art. 278 Codul insolvenței).

954. Cererile de recunoaștere a unei proceduri străine. Reprezentantul străin este îndreptățit să formuleze în fața instanței românești o *cerere de recunoaștere a procedurii străine* în care acesta a fost desemnat.

Cererea de recunoaștere va fi arăta și o *copie certificată a hotărârii de deschidere* a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin sau de o *adeverință emisă de instanța străină* prin care se certifică existența unei proceduri străine și desemnarea reprezentantului străin.

Instanța va putea recunoaște procedura străină care face obiectul cererii ca o *procedură străină de insolvență*, iar pe petent ca *reprezentantul străin* definit de legea internă. Pentru a proceda astfel instanța trebuie să-și verifice competența, trebuie să existe reciprocitate (în ceea ce privește efectele hotărârilor străine între România și statul instanței care a pronunțat hotărârea) și mai ales trebuie verificate cerințele probatorii privind existența legală a procedurii străine și a reprezentantului acesteia.

Procedura străină va fi recunoscută ca *procedură străină principală*, dacă aceasta se desfășoară într-un stat străin în care debitorul își are stabilit centrul principalelor sale interese sau o *procedură străină secundară* dacă aceasta este deschisă într-un stat străin în care debitorul își are stabilit un sediu secundar (art. 5 pct. 57 Codul insolvenței).

Hotărârea de recunoaștere a procedurii străine se bucură de *autoritate relativă a lucrului judecat*, fiind supusă anulării judiciare dacă se probează ulterior că temeiurile și condițiile recunoașterii lipseau, în tot sau în parte, ori că au încetat să existe.

955. Efectele recunoaşterii procedurii străine de insolvenţă. Recunoaşterea internă a procedurii de insolvenţă străine conferă un regim aparte debitorului în dreptul intern, asemănător cu poziţia sa într-o procedură de insolvenţă internă.

Reprezentantul străin poate cere instanţei să încuviinţeze, în mod vremelnic, înainte de soluţionarea cererii de recunoaştere a procedurii străine: suspendarea executărilor individuale asupra bunurilor debitorului; administrarea, conservarea ori valorificarea bunurilor perisabile, supuse deteriorării sau devalorizării ale debitorului situate în România.

Recunoaşterea procedurii străine principale are ca efect *suspendarea de drept a cererilor sau acţiunilor* cu caracter individual, vizând bunuri, drepturi şi obligaţii ale debitorului, precum şi a *executărilor individuale* asupra bunurilor debitorului (art. 292 Codul insolvenţei).

Recunoaşterea procedurii străine atrage suspendarea exerciţiul dreptului de a înstrăina, greva sau dispune în orice alt mod de bunurile debitorului, sub sancţiunea nulităţii. Prin excepţie de la acest regim al ridicării dreptului de administrare, debitorul poate efectua acte, operaţiuni şi plăţi care se încadrează în condiţiile obişnuite de exercitare a activităţii curente.

În mod corelativ suspendării acţiunilor şi executărilor individuale, recunoaşterea procedurii străine principale împiedică împlinirea termenului de prescripţie a acestor cereri şi acţiuni, reprezentând o cauză de întrerupere a termenului de prescripţie.

956. Administrarea procedurii străine în România. Ulterior recunoaşterii procedurii străine (principale sau secundare) instanţa competentă poate ordona un spectru larg de măsuri vremelnice pentru protejarea bunurilor debitorului şi a intereselor creditorilor, precum administrarea de probe referitoare la bunurile, actele juridice, drepturile sau obligaţiile debitorului, precum şi asigurarea dovezilor şi constatarea unei stări de fapt prin executor judecătoresc.

La solicitarea reprezentantului străin instanţa va putea împuternici pe acesta sau pe o altă persoană desemnată de instanţă, cu administrarea şi valorificarea tuturor sau a unora dintre bunurile debitorului, situate în România. Interesele creditorilor români trebuie însă protejate în mod corespunzător.

De la data recunoaşterii procedurii străine reprezentantul străin are calitate procesuală pentru a formula acţiuni în *anularea actelor juridice încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor* săi (art. 295 Codul insolvenţei).

Odată cu recunoaşterea procedurii străine, reprezentantul străin are calitate procesuală pentru a interveni în cadrul oricărei cereri sau acţiuni cu caracter individual, judiciară sau extrajudiciară, în care debitorul are calitatea de parte.

957. Colaborarea judiciară în materia insolvenţei. Instanţele româneşti cooperează cu instanţele şi reprezentanţii străini, direct sau prin intermediul reprezentantului român. Instanţele au abilitarea să comunice sau să solicite informaţii ori asistenţă în mod direct de la instanţele sau reprezentanţii străini.

Reprezentantul român este în drept să coopereze cu instanţele şi reprezentanţii străini în exercitarea atribuţiilor sale, sub supravegherea instanţei române.

Colaborarea judiciară poate privi desemnarea unei persoane care să acţioneze potrivit indicaţiilor instanţei, comunicarea de informaţii prin orice mijloace pe care instanţa

le consideră adecvate, coordonarea administrării și supravegherii bunurilor și a activității debitorului, aprobarea sau punerea în aplicare de către instanțe a *acordurilor de coordonare a procedurilor* concomitente referitoare la același debitor (art. 299 Codul insolvenței).

Secțiunea a 2-a. Creditorii străini și procedura română de insolvență

958. Creditorii străini ca element de extraneitate. Deschiderea unei proceduri de pre-insolvență sau insolvență, sub legea română, se poate găsi în situația existenței de creditori străini. Aceștia vor profita de dispozițiile legii române, ca și creditorii români, cu adaosul special al normelor privind insolvența transfrontalieră. Creditorii străini se bucură de aceleași drepturi referitoare la deschiderea și participarea în cadrul procedurii deschise ca și creditorii români (art. 285 Codul insolvenței).

Citarea creditorilor străini cunoscuți și comunicarea și notificarea oricărui act de procedură către aceștia se va realiza în condițiile edictate uniform de legea română pentru toți creditorii. Comunicările se vor face în mod individual, instanțele nefiind ținute să apeleze, în mod obligatoriu, la comisii rogatorii (art. 286 Codul insolvenței).

Notificările expediate creditorilor străini privind deschiderea procedurii vor conține elementele obligatorii și pentru creditorii români, în primul rând conținutul minim obligatoriu al cererii de admitere a creanței asupra averii debitorului.

Calitatea de *creanță a unui creditor străin* nu modifică ordinea de plată a creanțelor în procedura prevăzută de Codul insolvenței, respectiv aceste creanțe ordinare nu vor fi plasate pe un loc inferior categoriei creanțelor chirografare, cu excepția acelor creanțe care se încadrează în categoria creanțelor subordonate creanțelor chirografare.

959. Proceduri de insolvență concomitente sub legea română și legea străină. După recunoașterea unei proceduri străine principale este posibilă deschiderea procedurii insolvenței și sub legea română, doar dacă debitorul are stabilit un sediu în România. Efectele procedurii române se vor limita numai la bunurile situate pe teritoriul statului român, iar în măsura necesară aplicării cooperării și coordonării între instanța română și străină și la alte bunuri ale debitorului.

Deschiderea concomitentă a unei proceduri străine de insolvență și a procedurii române cu privire la același debitor obligă instanța la luarea măsurilor privind cooperarea și coordonarea în domeniul insolvenței transfrontaliere. O astfel de derulare concomitentă obligă la respectarea unor reguli materiale privind conflictul de legi în funcție de succedarea în timp a celor două proceduri.

Dacă cererea de recunoaștere a procedurii străine este formulată ulterior deschiderii procedurii române de insolvență, măsurile vremelnice solicitate de reprezentatul străin trebuie să fie compatibile cu prevederile procedurii române de insolvență, iar acest reprezentant nu are calitate în privința anulării actelor frauduloase ale debitorului anterior deschiderii procedurii străine.

Dacă cererea de recunoaștere a procedurii străine este admisă ori numai formulată anterior deschiderii procedurii române de insolvență, măsurile vremelnice încuviințate reprezentantului străin vor fi reexaminate de instanță, care poate ordona modificarea sau încetarea acestora pentru incompatibilitate cu procedura română de insolvență. De

aceeaşi scrutare se vor bucura şi alte măsuri vremelnice care priveau suspendarea cursului unor acţiuni sau executări silite (art. 301 Codul insolvenţei).

Legea română leagă un efect important pentru debitor de recunoaşterea unei proceduri străine principale, respectiv această recunoaştere creează o *prezumţie a stării de insolvenţă* a debitorului, în temeiul căreia se poate deschide şi procedura română de insolvenţă (art. 303 Codul insolvenţei).

Legea instituie un principiu al *protecţiei egale între creditori.* Pentru această finalitate creditorul care a primit o plată parţială pentru creanţa sa, în cadrul unei proceduri străine de insolvenţă, nu va mai putea primi plăţi suplimentare în contul aceleiaşi creanţe, în cadrul procedurii române de insolvenţă, cu privire la acelaşi debitor, dacă partea proporţională pe care ar primi-o în această procedură internă creditorii din aceeaşi categorie este mai mică decât plata creditorului primită în procedura străină. Acest principiu se aplică în interiorul categoriilor de creditori, fără a aduce atingere cauzelor legale de preferinţă.

Secţiunea a 3-a. Dispoziţii privind coordonarea insolvenţei grupurilor de societăţi

960. Grupuri transnaţionale în insolvenţă. Existenţa unor grupuri transnaţionale este deja un lucru comun. Mijlocul obişnuit de extindere a unei întreprinderi pe o piaţă străină este preluarea controlului asupra uneia sau mai multor întreprinderi locale, creând o arhitectură transnaţională de grup. În acest caz şi procedurile de insolvenţă în care sunt implicate societăţi de naţionalităţi diferite capătă caracter transnaţional. Legea română impune cooperarea şi în cazul insolvenţelor transnaţionale de grup. Dacă procedura străină şi procedura română de insolvenţă se referă la două sau mai multe societăţi care fac parte dintr-un grup de societăţi, participanţii la proceduri sunt îndemnaţi să coopereze: pe de o parte, instanţa română şi reprezentantul român (practicianul în insolvenţă), iar pe de altă parte, instanţa străină şi reprezentantul străin.

961. Forme de cooperare. Formele de cooperare vizate de legea română pentru practicianul român privesc comunicarea directă de informaţii şi acte procedurale aferente procedurilor de insolvenţă, analiza posibilităţii reorganizării grupului de societăţi şi punerea în aplicare a unui plan comun de reorganizare împreună cu reprezentantul străin. Aceste demersuri ale reprezentantului român, în exercitarea atribuţiilor sale, se realizează sub supravegherea instanţei române. Legea indică pentru astfel de proceduri încheierea de *acorduri de insolvenţă transfrontalieră* între reprezentantul român şi reprezentantul străin, cu acordul instanţelor naţionale (art. 306 Codul insolvenţei).

Recunoaşterea procedurii străine a unui membru al grupului de societăţi, în cadrul procedurii române de insolvenţă a altui membru al grupului de societăţi, are efecte şi în procedura internă. Astfel, reprezentantul procedurii străine de insolvenţă poate participa şi dezbate problemele supuse atenţiei adunărilor creditorilor interni, poate propune un plan de reorganizare sau poate propune măsuri procedurale de competenţa reprezentantului român.

Posibilităţile de coordonare între instanţele competente în procedura română şi străină de insolvenţă privesc: coordonarea administrării şi supravegherii bunurilor

societăților din grup, coordonarea desfășurării ședințelor de judecată, cu posibilitatea stabilirii unor ședințe comune, coordonarea aprobării și a punerii în aplicare a planului de reorganizare, precum și comunicarea de informații sau acte procedurale privind procedurile de insolvență ale membrilor grupului de societăți (art. 308 Codul insolvenței). Și la nivelul de instanțelor competente este reiterată posibilitatea aprobării unui *acord de insolvență transfrontalieră* pentru coordonarea procedurilor de insolvență, dar și posibilitatea desemnării unui reprezentant comun în procedurile de insolvență.

Procedura de cooperare între instanțele românești, pe de o parte, și instanțele și reprezentanții străini, pe de altă parte, nu poate aduce atingere principiilor de independență și imparțialitate care trebuie să călăuzească activitatea puterii judecătorești și nici drepturilor ori intereselor participanților la procedura insolvenței garantate de legea română.

962. Acordul de insolvență transfrontalieră. Un astfel de acord este în primul rând un instrument de acomodare a drepturilor creditorilor din procedurile concurente. Din această cauză adunarea creditorilor este chemată să exprime o *aprobare prealabilă* încheierii unui astfel de acord de către reprezentantul român, în numele procedurii interne, cu reprezentantul străin competent să administreze procedura străină.

Cuprinsul unui asemenea acord privește colaborarea între reprezentanți, cu posibilitatea desemnării unuia dintre ei ca *reprezentant coordonator*, modalitățile de administrare a membrilor grupului de societăți în ceea ce privește activităților curente, finanțările ce pot fi acordate intra-grup în timpul procedurii, modalitățile de conservare și valorificare a bunurilor și tratamentul creanțelor intra-grup. Acordul poate privi și desfășurarea corelată ședințelor adunării creditorilor.

Secțiunea a 4-a. Insolvența transfrontalieră a instituțiilor de credit

963. Instituțiile de credit și falimentul transfrontalier. Elementul de extraneitate observat de Codul insolvenței în cazul falimentului instituțiilor de credit este reprezentat de sucursalele instituției de credit în faliment localizate în străinătate. Extraneitatea se poate manifesta fie sub forma sucursalelor din străinătate ale instituțiilor de credit române aflate în faliment, fie sub forma sucursalelor instituțiilor de credit străine în faliment aflate în România.

Falimentul bancar, și în ipostaza sa transnațională, implică participarea autorităților administrative competente cu supravegherea domeniului bancar. Banca Națională a României va participa activ și la manifestarea transnațională a falimentului instituțiilor de credit aflate în supravegherea sa. Reglementarea falimentului bancar transnațional privește de fapt limitele Uniunii Europene. Codul insolvenței se referă la instituțiile de credit și sucursalele lor din interiorul Uniunii.

964. Falimentul unei instituții de credit de naționalitate română. Tribunalul în jurisdicția căruia se află sediul principal al debitorului, instituție de credit română, este competent să soluționeze cererile privind aplicarea unei proceduri a falimentului cu privire la o instituție de credit, persoană juridică română, și a sucursalelor acesteia stabilite în alte state.

În considerarea elementului de extraneitate, tribunalul intern, prin intermediul B.N.R., va informa autoritățile competente din statele membre UE gazdă asupra deciziei de a deschide procedura falimentului asupra unei instituții de credit cu sucursale în alt stat.

Codul insolvenței impune *norme conflictuale* clare. *Aplicarea legii române*, în cazul deschiderii unei proceduri a falimentului a unei instituții de credit autorizată în România și sucursalelor acesteia stabilite în alte state membre UE, este delimitată de *Codul insolvenței*.

Reglementarea declară aplicarea legii române, a procedurii falimentului din reglementarea internă, relativ la: bunurile care fac obiectul procedurii falimentului și regimul bunurilor dobândite de instituția de credit după deschiderea procedurii, atribuțiile instituției de credit și ale lichidatorului judiciar, condițiile compensării legale, efectele procedurii falimentului asupra contractelor în derulare ale instituției de credit, efectele procedurii falimentului asupra procedurilor individuale de executare silită promovate de creditori, creanțele care trebuie să fie declarate și înregistrate având debitor instituția de credit și regimul creanțelor care iau naștere după deschiderea procedurii falimentului, regulile privind declararea, verificarea și admiterea creanțelor, regulile privind distribuirea veniturilor obținute din realizarea activelor, condițiile și efectele închiderii procedurii falimentului, drepturile creditorilor după închiderea procedurii falimentului, suportarea costurilor și cheltuielilor aferente procedurii falimentului, precum și regulile privind nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor juridice care prejudiciază drepturile tuturor creditorilor [art. 313 alin. (1) Codul insolvenței].

Excepție de la aplicarea legii române fac: instrumentele financiare înregistrate într-un registru, cont sau într-un sistem centralizat de depozitare localizat într-un stat membru (care vor fi guvernate de legea statului membru respectiv), contractele de report și contractele privind tranzacțiile desfășurate pe o piață reglementată (care vor fi guvernate de legea aplicabilă contractelor respective) și compensarea contractuală (este aplicabilă legea care guvernează contractele respective).

965. Publicitatea falimentului transfrontalier. Hotărârea de deschidere a procedurii interne a falimentului va fi publicată în extras în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și în două ziare de circulație națională din fiecare stat membru gazdă prin grija judecătorul sindic.

Publicitatea realizată hotărârii va menționa (în limba oficială sau în una dintre limbile oficiale ale statelor membre în cauză) obiectul și temeiul juridic ale hotărârii adoptate. Extrasul publicat trebuie să menționeze termenul de introducere a apelului și instanța competentă. Totuși, aceste cerințe nu împiedică desfășurarea procedurii falimentului și nu exonerează creditorii de obligațiile lor de înregistrare a creanțelor.

Judecătorul sindic este în drept să ceară menționarea hotărârii de deschidere a procedurii falimentului față de o instituție de credit internă în registrul imobiliar, în registrul comerțului și în orice alt registru public ținut în celelalte state membre.

966. Proceduri de lichidare efectuate în alte state. Lichidatorul judiciar intern poate acționa pe teritoriul statelor membre gazdă în baza unei *copii certificate* de pe hotărârea instanței competente care l-a numit. Acesta poate exercita, pe teritoriul statelor membre gazdă, competențele care îi revin potrivit legii române. Totuși,

lichidatorul judiciar va fi supus legislației statului membru cu privire la procedurile de valorificare a activelor și la furnizarea de informații angajaților instituției de credit din statul membru respectiv.

Într-un mod edificator și probabil așteptat de lichidatorul judiciar, acesta nu poate utiliza forța și nu poate soluționa litigii dincolo de limitele jurisdicției interne.

Deschiderea procedurii falimentului unei instituții de credit, persoană juridică română, generează începutul atribuțiilor lichidatorului și obligația de notificare a creditorilor. Dacă instituția de credit în faliment are sucursale deschise în alte state membre (elementul de extraneitate al procedurii), lichidatorul judiciar va informa și creditorii cunoscuți care au domiciliul ori sediul social în acele state membre. Notificarea scrisă indică în special termenele limită, sancțiunile pentru nerespectarea acestor termene și cerințele legale pentru luarea în considerare a creanțelor prin înregistrarea cererilor de admitere a acestora.

967. Masa credală. Creditorii străini ai instituției de credit debitoare, cu domiciliul sau sediul social într-un alt stat membru decât România, trebuie să își *declare creanțele* sau să formuleze *observații scrise* în legătură cu creanțele lor asupra instituției de credit. Acestea sunt înaintate lichidatorului judiciar.

Egalitatea de tratament a creditorilor din aceeași clasă este reafirmată. Creanțele creditorilor străini vor fi tratate în același mod și vor avea același rang de prioritate ca și creanțele de aceeași natură ale creditorilor români.

Creditorii care își înregistrează creanțele trebuie să probeze creanțele lor, să indice cauzele de preferință purtând asupra unor bunuri ale debitoarei.

Lichidatorul judiciar va asigura informarea periodică a creditorilor, prin raportare, în privința stadiului lichidării și al distribuirilor.

968. Autoritățile judiciare și administrative competente în domeniul bancar. Autoritățile administrative sau judiciare ale statului membru de origine sunt singurele în drept să decidă cu privire la implementarea unor măsuri de sprijinire, de reorganizare a debitoarei sau lichidare a acesteia. Autoritățile administrative sau judiciare sunt autoritățile stabilite conform legii naționale, care decid cu privire la luarea măsurilor de reorganizare sau de începere a procedurilor de lichidare.

Măsurile de reorganizare interne, de competența B.N.R. (supraveghere specială, administrare specială), sunt măsuri destinate să mențină ori să restabilească situația financiară a unei instituții de credit. Legislația internă a insolvenței nu reglementează decât falimentul bancar.

Procedurile de pre-insolvență sau reorganizare au coordonate interne exclusiv administrative, respectiv intră în atribuțiile B.N.R. prin mecanismele pe care le are la îndemână.

În mod declarat, pentru scopurile insolvenței transfrontaliere, procedura de lichidare este procedura colectivă inițiată și controlată de autoritățile administrative sau judiciare, cu scopul de a valorifica activele unei instituții de credit sub supravegherea acestor autorități, incluzând și procedurile pre-insolvență, concordat sau altă măsură similară [art. 320 alin. (4) Codul insolvenței].

969. Falimentul unei instituții de credit cu sediul în străinătate. Falimentul unei instituții bancare străine, care are însă sucursale și în România, atrage efecte și în jurisdicția internă. Codul insolvenței recunoaște în mod direct, fără alte formalități, măsurile de reorganizare sau procedurile de lichidare incidente asupra unei instituții de credit dintr-un stat membru care desfășoară activitate pe teritoriul României. Efectele unor astfel de măsuri se aplică fără alte formalități pe teritoriul României și produc efecte în condițiile instituite prin legea statului străin.

Primind notificarea corespunzătoare de la autoritatea competentă a statului membru de origine, B.N.R. informează piața internă despre decizia de deschidere a unei proceduri de reorganizare judiciară sau de faliment, prin publicarea în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a.

În urma comunicărilor făcute, mențiunile privind procedura străină de insolvență deschisă se înregistrează în oficiului registrului comerțului la care sucursala instituției de credit respectivă este înregistrată, împreună cu decizia privind măsurile de reorganizare sau de deschidere a procedurii de lichidare. Comunicarea va fi transmisă în vederea publicării în două ziare de circulație națională din România.

Persoanele împuternicite să pună în aplicare măsurile dispuse de autoritatea administrativă sau judiciară din statul membru de origine vor putea acționa pe teritoriul României în baza unei *copii certificate* de pe actul de numire sau a unui *certificat* emis de autoritatea respectivă.

Reprezentanții procedurii străine vor putea exercita pe teritoriul României toate competențele care le revin potrivit legislației lor naționale. Ei vor respecta legislația română în privința procedurilor de valorificare a activelor și a furnizării de informații. Nici aceștia nu pot utiliza forța sau dreptul de a soluționa litigii în jurisdicția română.

În final, Codul insolvenței reglementează și situația procedurilor străine deschise în state ne-membre ale UE. În acest caz, B.N.R. informează autoritățile competente (corespondente) din statele membre gazdă asupra măsurilor de reorganizare sau asupra hotărârii de deschidere a procedurii lichidării, luată într-un *stat nemembru* cu privire la o instituție de credit și la sucursala acesteia din România (instituția de credit are sediul în alt stat decât un stat membru și are deschise sucursale și pe teritoriul altor state membre).

Secțiunea a 5-a. Insolvența transfrontalieră a societăților de asigurare

970. Domeniul de aplicare. Competențe și legea aplicabilă. Elementul de extraneitate specific insolvenței transfrontaliere a societăților de asigurare este reprezentat de sucursalele societăților române cu sediul pe teritoriul altor state membre UE, aflate în stare de insolvență, precum și de sucursalele din România ale societăților de asigurări cu sediul în UE, aflate în insolvență. Falimentul transfrontalier acoperă aceste raporturi juridice cu element de extraneitate, precum și colaborarea autorităților naționale implicate în procedura de insolvență.

Competența în privința deschiderii falimentului și administrării acestuia în ce privește o societate de asigurare persoană juridică română, inclusiv asupra sucursalelor acesteia din alte state membre, aparține în exclusivitate tribunalului în jurisdicția căruia se află sediul principal al societății române debitoare. Hotărârea acestei instanțe privind

deschiderea procedurii falimentului împotriva unei societăți de asigurare persoană juridică română, inclusiv în ceea ce privește sucursalele acesteia din alte state membre, este recunoscută în mod direct pe teritoriile tuturor celorlalte state membre și produce efecte în aceste state în condițiile Codului insolvenței.

Tribunalul intern competent informează autoritatea administrativă internă a asigurărilor, A.S.F., cu privire la hotărârea de a deschide o procedură de faliment, urmând ca aceasta să informeze mai departe autoritățile de supraveghere corespondente din celelalte state membre despre hotărârea de a deschide procedura falimentului. Tot prin grija A.S.F. se publică un extras din hotărârea de deschidere a procedurii falimentului în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

Tribunalul intern competent, prin judecătorul sindic, se îngrijește de înregistrarea hotărârii de deschidere a procedurii falimentului unei societăți de asigurare debitoare în registrele străine de publicitate precum registrul imobiliar sau registrul comerțului.

971. Administrarea falimentului transfrontalier al societăților de drept intern cu sucursale în UE. Lichidatorul judiciar al procedurii române poate acționa neîngrădit pe teritoriul unor state membre gazdă, pe baza unei copii certificate de pe hotărârea instanței competente care l-a desemnat sau pe baza unui certificat emis de aceasta.

Lichidatorul judiciar exercită pe teritoriul statelor membre gazdă toate competențele care îi revin potrivit legii române și poate numi persoane care să îl sprijine în derularea procedurii și asistarea în procedură a creditorilor de asigurări din aceste state (art. 327 Codul insolvenței). Aceleași puteri sunt recunoscute și pentru lichidatorul judiciar desemnat potrivit legii unui alt stat membru pe teritoriul statului român. În toate cazurile competențele lichidatorul judiciar sunt exercitate conform legilor statului pe al cărui teritoriu acționează, cu observarea regulilor locale privind procedurile de valorificare a activelor.

În cazul *bunurilor* aparținând societății de asigurare în faliment este aplicabilă legea ce acționează în jurisdicția în care se află bunurile în cazul imobilelor, navelor sau aeronavelor supuse înregistrării; în cazul valorilor mobiliare sau altor titluri pentru transferul cărora este folosit un registru reglementat de legea unui stat membru este incidentă legea acelui stat.

972. Informarea și drepturile creditorilor de asigurări. Autoritatea competentă română, A.S.F., sau lichidatorul judiciar îi informează pe creditorii de asigurări cunoscuți, români sau străini, despre deschiderea procedurii falimentului împotriva unei societăți de asigurare persoană juridică română. Informarea ia forma unei notificări comunicată fiecărui creditor de asigurări, conținând informațiile esențiale pentru participarea la procedură: termenele-limită, sancțiunile prevăzute pentru nesocotirea acestor termene, organismul sau autoritatea abilitată să accepte prezentarea creanțelor sau observațiile referitoare la creanțe și alte măsuri prevăzute, cerințele legale pentru luarea în considerare a creanțelor de către instanța competentă cu înregistrarea cererilor de admitere a acestora sau a observațiilor în legătură cu aceste creanțe (art. 329 Codul insolvenței). Dacă un creditor cunoscut deține o creanță de asigurare, notificarea îi va fi înaintată în limba oficială a statului membru în care creditorul își are domiciliul sau sediul central.

Cererile de admitere a creanțelor sau observațiile cu privire la acestea se adresează Fondului de garantare sau lichidatorului judiciar. Creanțele creditorilor de asigurări cu domiciliul sau sediul principal într-un stat membru beneficiază de același tratament și de același rang ca și creanțele de asigurări de aceeași natură ale creditorilor de asigurări care au domiciliul sau sediul central în România. Alăturat cererilor de admitere a creanțelor vor fi trimise dovezile acestora, copii de pe actele care atestă creanțele, natura creanței și cauzele de preferință.

Fondul de garantare și lichidatorul judiciar asigură informarea periodică a creditorilor de asigurări cu privire la stadiul valorificării activelor societății de asigurare debitoare, inclusiv la cererea autorităților de supraveghere ale statelor membre.

973. Falimentul transfrontalier în ipostaza sucursalelor din România ale societăților de asigurare din alte state membre UE. În acest caz autoritățile administrative sau judiciare ale statului membru de origine sunt singurele competente asupra deschiderii procedurii de faliment a societății de asigurare străine, inclusiv cu privire la sucursalele acesteia stabilite în România.

Procedura falimentului unei societăți de asigurare dintr-un alt stat membru care desfășoară activitate pe teritoriul României se aplică în mod direct pe teritoriul României cu toate efectele prevăzute de legea străină. Procedura falimentului se aplică potrivit legislației din statul membru de origine. Persoanele responsabile cu administrarea falimentului societății străine pot acționa pe teritoriul României în baza unei copii certificate de pe actul de numire sau a unui certificat emis de autoritatea respectivă, însoțite de traducerea în limba română (art. 333 Codul insolvenței).

La primirea notificării corespunzătoare de la autoritatea competentă a statului membru de origine, autoritatea competentă internă, A.S.F., informează creditorii de asigurări despre decizia de deschidere a unei proceduri de faliment, prin publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, Partea I.

Teme de dezbatere și teste

A. Teme de dezbatere

1. Mandatul ad-hoc și concordatul preventiv reprezintă materializări ale politicii normative de sprijinire a întreprinderii pentru depășirea dificultăților pe care le întâmpină și evitarea unor executări sau proceduri colective din partea creditorilor. Dificultățile în activitatea economică, mai ales în perioade când climatul economic general este cunoscut ca fiind ostil, pot fi depășite prin asistarea de către specialiști a debitorului în relația sa cu creditorii. Înțelegerea contractuală dintre debitor și creditori este finalitatea procedurilor mandatului ad-hoc și concordatului preventiv atât timp cât debitorul nu este în stare de insolvență.

Care sunt atuurile fiecărei părți, debitor și creditori, în situația practică a negocierilor dintre părți. Ce avantaje prezintă pentru creditori asemenea proceduri speciale față insolvența care se anunță foarte probabilă pentru debitor?

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2. Aplicarea procedurii insolvenței a depășit granițele dreptului comercial clasic, în mare parte și datorită integrării acestuia în dreptul privat. În prezent domeniul insolvenței este reprezentat de activitățile economice realizate într-o formă de întreprindere, de persoane fizice sau persoane juridice de drept privat. Ultima graniță este destul de incertă fiindcă activitatea economică nu este o noțiune juridică vine definită. Depășirea acestei ultime limite așează insolvența ca procedură generală de drept privat.

Dincolo de domeniul economic procedura insolvenței mai are de cucerit domeniul datoriilor personale în dreptul privat. Falimentul personal este o noțiune discutată în spațiul juridic ca o alternativă pentru imposibilitatea achitării datoriilor contractate. Care sunt domeniile sensibile ale unei asemenea reglementări (creditori afectați) și care ar fi soluțiile pentru această situație?

3. Atragerea răspunderii organelor de conducere în procedura insolvenței este o pârghie foarte importantă pentru demontarea fraudelor societare în dauna creditorilor sociali. Răspunderea privește în mod declarat membrii organelor de conducere și orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență.

În ce măsură răspunderea specială pentru starea de insolvență privește și asociații/acționarii societății și cum se poziționează față de răspunderea limitată a societăților reglementată de Legea nr. 31/1990?

B. Exemple de subiecte de sinteză

1. Procedura mandatului ad-hoc.
2. Procedura concordatului preventiv.
3. Noțiunea de insolvență; Tipuri de proceduri.
4. Deschiderea procedurii insolvenței; Cererile introductive.
5. Participanții la procedura.
6. Efectele deschiderii procedurii insolvenței.
7. Situația actelor juridice anterioare procedurii.
8. Situația raporturilor juridice ale debitorului de la data deschiderii procedurii.
9. Reorganizarea judiciară.
10. Admiterea, votarea și confirmarea planului de reorganizare.
11. Procedura falimentului.
12. Închiderea procedurii insolvenței.
13. Răspunderea membrilor organelor de conducere ai debitorului.

C. Exemple de teste tip grilă

1. Starea de insolvență presupune:
a) preponderența pasivului patrimoniului debitorului față de activul acestuia;
b) imposibilitatea obținerii de credite bancare;
c) insuficiența fondurilor bănești pentru plata datoriilor scadente.

2. Reorganizarea judiciară reprezintă restructurarea debitorului pe baza unui plan de reorganizare care poate fi propus de către:
a) debitor, creditori sau administratorul judiciar;
b) debitor, creditori sau judecătorul sindic;
c) debitor, creditori sau lichidatorul judiciar.

3. Procedura falimentului debitorului persoană juridică poate avea ca efect:
a) redresarea debitorului și continuarea activității sale;
b) exclusiv radierea debitorului;
c) restructurarea activității pe bază de plan de reorganizare.

Bibliografie specifică

Adam, I., Savu, C.N., Legea procedurii insolvenței, Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2006.

Cărpenaru, St.D., Nemeș, V., Hotca, M.A., Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, București, 2008.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

Gheorghe, C., Dreptul pieței de capital, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

Macovei, I., Drept internațional privat, Ed. C.H. Beck, București, 2011.

Nemeș, V., Drept bancar, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

Nemeș, V., Dreptul asigurărilor, Ed. Hamangiu, București, 2012.

Piperea, Gh., Drept comercial, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

Piperea, Gh., Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008.

Pivniceru, M.M., Susanu, C., Susanu, M., Procedura insolvenței. Practică judiciară 2006-2009, Ed. Hamangiu, București, 2009.

Sferdian, I., Dreptul asigurărilor, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

Turcu, I., Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2012.

Țăndăreanu, N., Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006. Comentarii, doctrină, jurisprudență, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Bibliografie selectivă

Adam, I., Drept civil. Obligațiile. Contractul, Ed. C.H. Beck, București, 2011.

Adam, I., Savu, C.N., Legea procedurii insolvenței, Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006.

Angheni, S., Drept comercial. Profesioniștii-comercianți, Ed. C.H. Beck, București, 2013.

Baias, Fl.A., Chelaru, E., Constantinovici, R., Macovei (coord.), I., Noul Cod civil. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012.

Băcanu, I., Capitalul social al societăților comerciale, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1999.

Beleiu, Gh., Drept civil român, ed. a V-a, revăzută și adăugită, Ed. Casa de Editură și Presă „Șansa" SRL, București, 1998.

Bîrsan, C., Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013.

Boroi (coord.), G., Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013.

Boroi, G., Anghelescu, C.A., Curs de drept civil. Partea generală, ed. 2, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Boroi, G., Stănciulescu, L., Instituții de drept civil, în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Bufan, R., Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2001.

Catană, R.N., Drept comercial, În PowerPoint, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013.

Căpățână, O., Societățile comerciale, Ed. Lumina Lex, București, 1996.

Cărpenaru, St.D., Predoiu, C., David, S., Piperea, Gh., Societățile comerciale. Comentariu pe articole, Ed. 4, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Cărpenaru, St.D., Predoiu, C., David, S., Piperea, Gh., Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român, Ed. Universul juridic, Bucureşti, 2009.

Cărpenaru, St.D., Tratat de drept comercial român. Conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Cârcei, E., Societățile comerciale pe acțiuni, Ed. All, Beck, Bucureşti, 1999.

Chelaru, E., Drepturile reale principale, ed. 4, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.

Ciobanu, V.M., Briciu, T.C., Dinu, C.C., Drept procesual civil. Drept execuțional civil. Arbitraj. Drept notarial – curs de bază pentru licență și masterat, seminare și examene, Ed. Național, Bucureşti, 2013.

Ciobanu, V.M., Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. I și II, Ed. Național, București, 1996-1997.

Cucu, C., Gavriș, M.V., Bădoiu, C.G., Haraga, C., Legea societăților comerciale adnotată. Repere bibliografice. Practica judiciară. Decizii ale Curții Constituționale. Adnotări, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007.

BCU CLUJ UNIVERSITY LIBRARY

de Juglart, M., Ippolito, B., Cours de droit commercial, vol. I, 11e éd., Montchrestien, Paris, 1995.

Deak, Fr., Cărpenaru, St.D., Contracte civile şi comerciale, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1993.

Deleanu, I., Tratat de procedură civilă, vol. I şi II, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2013.

Djuvara, M., Teoria generală a dreptului, Ed. All, Bucureşti, 1995.

Duţescu, C., Drepturile acţionarilor, ed. 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

Filipescu, I.P., Drept civil, Teoria generală a obligaţiilor, Ed. Actami, Bucureşti, 1994.

Finţescu, I.N., Curs de drept comercial, Bucureşti, 1929.

Fuerea, A., Drept comunitar al afacerilor, ed. 2, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2006.

Gavalda, C., Parleani, G., Droit des affaires de l'Union Européenne, 6e éd., Lexis Nexis/Litec, 2010.

Georgescu, I.L., Drept comercial român, vol. II, Ed. Socec, Bucureşti, 1946.

Georgescu, I.L., Drept comercial român, vol. I-II, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002.

Gerota, D.D., Teoria generală a obligaţiilor comerciale, Imprimeria Naţională, Bucureşti, 1932.

Gheorghe, C., Drept comercial comunitar. Instituţii de drept comunitar din perspectiva dreptului român, Ed. Logisticon, Bucureşti, 2005.

Gheorghe, C., Drept comercial european, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Gheorghe, C., Drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Gheorghe, C., Dreptul pieţei de capital, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Gheorghe, C., Nulităţi de drept comercial, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2010.

Gheorghe, C., Societăţi comerciale. Voinţa asociaţilor şi voinţa socială, Ed. All Beck, Bucureşti, 2003.

Guyon, Y., Droit des affaires, vol. I (Droit commercial general et Societes), Economica, Paris, 2003.

Hamangiu, C., Rosetti-Bălănescu, I., Băicoianu, Al., Tratat de drept civil român, vol. I, Ed. All, Bucureşti, 1996.

Hessel, M., Administrarea societăţilor pe acţiuni în economia de piaţa şi de tranziţie, Ed. All, Bucureşti, 1997.

Iorgovan, A., Tratat de drept administrativ, vol. I, ed. 4, Ed. All Beck, Bucureşti, 2005.

Kubasek, N.K., şi alţii, The legal environment of business, Prentice Hall, Upper Saddle River, New Jersey, 1996.

Leş, I., Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.

Lupaşcu, D., Ungureanu, D., Drept internaţional privat. Actualizat în raport de noul Cod civil, noul Cod de procedură civilă şi Regulamentele Uniunii Europene, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Macovei, I., Drept internaţional privat, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

Manolache, O., Drept comunitar, ed. 5, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2006.

Medeanu, T., Oproescu, B., Înşelăciunea cu cecuri si bilete la ordin, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2010.

Merle, Ph., Droit commercial. Societes commerciales, 15e éd., Dalloz, Paris, 2011.

Mihăilă, S., Dumitrescu, A.D., Drept comercial român, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.

Mocanu, L., Garanţiile reale mobiliare, Ed. All Beck, Bucureşti, 2004.

Moţiu, Fl., Contractele speciale, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2011.

Munteanu, E., Regimul juridic al administratorilor societăţilor comerciale, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000.

Muraru, I., Tănăsescu, E.S., Drept constituţional şi instituţii politice, ed. 14, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

Nemeş, V., Drept bancar, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Nemeş, V., Drept comercial. Conform noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Nemeş, V., Dreptul asigurărilor, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2012.

Nicolae, M., Codex iuris civilis, tomul 1 (noul Cod civil), ed. critică, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Piperea, Gh., Drept comercial (vol. I şi II), Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Piperea, Gh., Drept comercial. Întreprinderea, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012.

Piperea, Gh., Insolvenţa: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, Bucureşti, 2008.

Piperea, Gh., Introducere în dreptul contractelor profesionale, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

Pivniceru, M.M., Susanu, C., Susanu, M., Procedura insolvenţei. Practică judiciară 2006-2009, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009.

Pop, L., Popa, I.F., Vidu, S.I., Tratat elementar de drept civil. Obligaţii conform noului Cod civil, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

Popescu, D.A., Contractul de societate, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 1996.

Popescu, T.R., Dreptul comerţului internaţional, E.D.P., Bucureşti, 1983.

Prescure, T., Călin, N., Călin, D., Legea pieţei de capital. Comentarii şi explicaţii, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008.

Prescure, T., Registrul comerţului, Ed. All Beck, Bucureşti, 2001.

Ripert, G., Roblot, R., Traité de droit commercial, vol. I, 13e éd., Paris, 1988.

Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O., Dreptul de autor si drepturile conexe. Tratat, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2005.

Schiau, I., Drept comercial, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009.

Schiau, I., Prescure, T., Legea societăţilor comerciale nr. 31/1990. Analize şi comentarii pe articole, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009.

Sferdian, I., Dreptul asigurărilor, ed. 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Sitaru, D.Al., Buglea, C.P., Stănescu, A.S., Dreptul comerţului internaţional. Tratat, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2008.

Stănciulescu, L., Nemeş, V., Dreptul contractelor civile şi comerciale în reglementarea noului Cod civil, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2013.

Stătescu, C., Bîrsan, C., Teoria generală a obligaţiilor, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2008.

Stoica, V., Drepturile reale principale, ed. 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2013.

Şandru, D.M., Pacte societare, clauze, înţelegeri între asociaţii societăţilor comerciale în reglementarea noului Cod civil, Ed. Universitară, Bucureşti, 2012.

Şandru, D.M., Societăţile comerciale în Uniunea Europeană, Ed. Universitară, Bucureşti, 2007.

Şcheaua, M., Legea societăţilor comerciale, Ed. All Beck, Bucureşti, 2000.

Tec, M.L., Constituirea societăţilor comerciale, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2005.

Turcu, I., Legea procedurii insolvenţei. Comentariu pe articole, ed. 4, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2012.

Turcu, I., Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligaţii. Art. 1164-1649. Comentarii şi explicaţii, ed. 2, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

Turcu, I., Tratat teoretic şi practic de drept comercial, vol. I-III, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2009.

Turcu, I., Vânzarea în noul Cod civil, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2011.

Ţăndăreanu, N., Insolvenţa în reglementarea Legii nr. 85/2006, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2012.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

B.C.U. „M. EMINESCU" IAŞI

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2013/11099
129

Lucrarea *Drept comercial român* reprezintă o aprofundare normativă personală şi la zi a normelor generale şi speciale privind **conceptele** şi **instituțiile de drept comercial, societățile**, dar şi a altor **entități de drept privat**: grupurile de interes economic, societatea europeană, societățile cooperative, grupurile de societăți.

Lucrarea dezvoltă în mod original existența unui sistem sancționator de drept privat, cu proiecția sa în interiorul dreptului comercial. Noțiunile noi precum **administrarea bunurilor altuia**, **fiducia** sunt tratate prin raportare la sursele normative străine care cunosc asemenea concepte. Structura lucrării conține şi tratarea noțiunilor de **profesionist** şi **întreprindere**, introduse prin Codul civil intrat în vigoare în anul 2011.

Conformația exactă a noului drept comercial, ca subramură de drept privat, suscită încă reprezentări diferite, lucru tradus în percepția diferită a ştiinței dreptului comercial. Dreptul comercial va supraviețui în mod sigur prin subdiviziunile sale bine coagulate care s-au sustras **codificării unice**: dreptul societăților, al procedurilor proprii insolvenței şi prevenirii ei, al titlurilor de valoare etc. Tocmai aceste centre de reglementare care amenințau unitatea dreptului comercial clasic îi asigură acum, în mod indubitabil, existența viitoare.

Preț 129 lei
ISBN 978-606-18-0262-3
9 786061 802623
www.beckshop.ro

BCU IAŞI / CENTRUL UNIVERSITAR LIBRARY